Die Deliktshaftung Unzurechnungsfähiger nach bürgerlichem Recht.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät

der

Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Ludwig Simon
Referendar aus Berlin.

Berlin 1913
Emil Ebering
Mittelstraße 39.

Referent: Professor Dr. **Titze**.

Diese Arbeit erscheint zugleich selbständig in Verlage von Emil Ebering Berlin, Mittelstr. 39.

Meiner Braut.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548107_0109

Inhalt.

Seite

A. Einleitung.
I. Historische und rechtsvergleichende Einleitung.
1. Die Entwicklung der Deliktshaftung Unzurechnungsfähiger vom römischen Recht bis zum Allgemeinen Landrecht. § 1 . . . . . 7—16
2. Die Deliktshaftung Unzurechnungsfähiger in den ausländischen Rechten des 19. Jahrhunderts. § 2 . . . 16—22
3. Die Entstehungsgeschichte des § 829 BGB. § 3 . . 22—29
II. Dogmatische Einleitung. § 4 . . . . . 29—39
B. Allgemeiner Teil.
I. Rechtsgrund der Deliktshaftung Unzurechnungsfähiger nach bürgerlichem Recht.
1. Die Theorien, nach welchen § 829 BGB. eine Ausnahme vom Prinzip der Culpahaftung darstellt.
a) Prinzip der Veranlassungshaftung. § 5 . . . . . 40—47
b) Prinzip der konkreten Billigkeit — richesse oblige — und ähnliche Haftungsprinzipien. § 6 . . . . . 47—53
c) Prinzip des aktiven Interesses und der Gefährdung. § 7 53—56
d) Prinzip der Haftung für Aeußerungen der abnormen Individualität. § 8 . . . . . 56—58
2. Die Theorie (des Verfassers) welche den § 829 aus dem Prinzip der Culpahaftung erklärt.
a) Das Verhältnis des § 829 zu den ihm vorhergehenden Bestimmungen (§§ 823—826; 827/828 BGB.). § 9 58—65
b) Die Bedeutung des Merkmals der Zurechnungsfähigkeit für den Verschuldensbegriff. Das untechnische (Quasi)-Verschulden Unzurechnungsfähiger. § 10 . 65—71
c) Die sog. Schuldformen des untechnischen (Quasi)-Verschuldens.
aa) Der (Quasi)-Vorsatz des Unzurechnungsfähigen. § 11 . . . . . 71—76
bb) Die (Quasi)-Fahrlässigkeit des Unzurechnungsfähigen. § 12 . . . . . 76—84

Anhang: Das Verschulden bei der sog. actio libera in causa des § 827 S. 2 BGB. § 13 84—86
II. Die Bedeutung des § 829 für andere als die in den §§ 823—826 bezeichneten Fälle.
1. § 829 und die Tierhalter- und Wildschadenhaftung gem. § 833, S. 1 und § 835 BGB. § 14 . . . . . 86—92
2. § 829 und die Haftung ohne Verschulden wegen zurechenbarer Betätigung nach §§ 231, 904 BGB. und ähnlichen Bestimmungen. § 15 . . . . . 92—93
3. § 829 und die deliktische Culpahaftung mit umgehrter Beweislast nach §§ 833 Satz 2, 834, 836—838, 839, 831, 832 BGB. § 16 . . . . . 93—104
4. § 829 und die generelle Haftung des Schuldners nach § 276 BGB., insbes. in Vertragsverhältnissen. § 17 . 104—108
5. § 829 und die Kompensation des § 254 BGB. wegen mitwirkenden Verschuldens. § 18 . . . . . 108—116
6. § 829 und die Haftung wegen verschuldeten Notstandes nach § 228 S. 2 BGB. § 19 . . . . . 116—118
C. Besonderer Teil.
I. Bestand und Umfang des Anspruchs aus § 829 BGB. § 20 119—129
II. Die Fragen der Rechtskraft des Billigkeitsurteils und der Gläubigeranfechtung bei Veränderung der Billigkeitsvoraussetzungen nach dem Urteil bezw. zwischen Tat und Urteil. § 21 . . . . . 129—137
III. Gesamtschuldähnliche Verhältnisse. § 22 . . . . . 137—141

Einleitung.

Historische und rechtsvergleichende Einleitung.

§ 1.

Die Entwicklung der Deliktshaftung Unzurechnungsfähiger vom römischen Recht bis zum Allgemeinen Landrecht.

Die historische Entwicklung der Haftung Unzurechnungsfähiger soll hier in Kürze behandelt werden[1].

Die Frage: Haftung oder Haftfreiheit Unzurechnungsfähiger? wird in allen Rechten in engem Zusammenhang mit der anderen Frage behandelt: Veranlassungsprinzip oder Culpaprinzip im Schadensersatzrecht? Das erklärt sich so: Nach dem Veranlassungsprinzip muß derjenige, welcher eine schädigende Veränderung in der Außenwelt hervorruft, diese wieder gut machen. Die rein physische Kausalität von Tat und Schaden erzeugt die Ersatzpflicht. „Wer Schaden tut, muß Schaden bessern." Es kommt nicht darauf an, ob der Täter die Tat gewollt, vorausgesehen hat oder nicht. Denn Haftungsgrund ist hier nicht ein von der Rechtsordnung gemißbilligter Wille, sondern die schädliche Tat. Kommt es aber auf die konkrete Willensrichtung nicht an, so ist auch in abstracto die Qualifikation des Willensvermögens unerheblich. Mag die Tat von einem gesunden oder von einem kranken Willenszentrum ausgehen, sie verpflichtet zum

---

1. Ausführlich darüber Geiser a. a. O.

Schadensersatz. Aus dieser Anschauung folgt die Haftbarmachung auch der unzurechnungsfähigen Täter.

Eine weitere Konsequenz ist die Haftbarmachung schädigender Tiere; die letzte die Haftbarmachung sonstiger schädigender Gegenstände. Diese ist von manchen primitiven Rechten gezogen worden. Der Veranlassungshaftung des älteren römischen Rechts ist sie fremd[2].

Beim Culpaprinzip liegt der Haftungsgrund in der Mißbilligung der subjektiven Beziehung des Täters zur Tat. Es genügt nicht die objektive Kausalität, es muß der die Tat erzeugende Wille des Täters fehlerhaft und mißbilligt sein. Kommt es aber auf den Willen an, so ist Grundbedingung jeglicher Ersatzpflicht einmal, daß der Wille in concreto vorhanden war, sodann, daß er normal bestimmt wurde, also von einem gesunden Willenszentrum ausging. Hieraus folgt die Haftfreiheit schuldloser und unzurechnungsfähiger Schädiger.

Das ältere römische Schadensersatzrecht beruht noch auf dem Veranlassungsprinzip[3]. Im klassischen Recht dringt das Culpaprinzip durch.

Nachwirkungen des älteren Rechts sind die Noxalklagen. Bezüglich der Unzurechnungsfähigen ist L. 14, Dig. I, 18 interessant: wir finden dort noch in Marc Aurels Zeiten einen offenbar durch alte Rechtsgedanken beeinflußten Provinzialbeamten, dem der Kaiser ausdrücklich reskribieren

---

2. Vgl. Mommsen, Röm. StrafR. S. 65: „Nie ist von den Römern, wie dies bei Völkern lebhafterer Phantasie wohl geschehen ist, das Beil vor Gericht gestellt worden, das einem Menschen Verderben gebracht hat. Dagegen . . . ist die Persönlichkeit und deren Konsequenz, die Zurechnungsfähigkeit auf die Haustiere erstreckt worden.“ Anders das griechische Recht. Vgl. Demosthenes, Reden XXIII, 76; Teubn. S. 171/72.

3. „welches wenig den Willen des Täters zu berücksichtigen nötig fand,“ so Pernice a. a. O. Bd. I, S. 239. Vgl. auch Dernburg, Pand. S. 89, Anm. 6.

muß, daß continua alienato mentis ein Strafurteil ausschließe. Das Reskript ordnet an: „de modo poenae eius dissimulare[4]“, und zwar nicht wegen der Unzurechnungsfähigkeit, sondern — seltsam genug! — „cum satis furore ipso puniatur[5]“.

Das Culpaprinzip des klassischen Rechts findet sich zuerst in dem von Ulpian referierten Satze des Pegasus[6] ausgesprochen, der die Frage „si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit?“ mit der Begründung verneint: „quae . . . in eo culpa sit, cum suae mentis non sit?“ (L. 5, § 2, Dig. IX, 2.)

Von Culpa steht nun freilich nichts in der lex Aquilia; sie spricht vielmehr lediglich vom damnum iniuria datum. Für Ulpian bedeutet aber iniuria nicht mehr nur die objektive, sondern auch die subjektive Rechtswidrigkeit, das Verschulden, dessen der furiosus nicht für fähig erachtet wird; so sagt er am Ende der Stelle: „iniuriae capax“ vollständig im Sinne von „culpae (doli) capax“. Im subjektiven Sinne gleich culpa steht iniuria ferner in pr. Inst. IV, 4: „generaliter iniuria dicitur omne quod non iure fit (d. i. objektive Rechstwidrigkeit), specialiter . . . culpa, quam Graeci *ἀδίκημα* dicunt, sicut in lege Aquilia damnum iniuria accipitur.“ Ferner Ulpian, L. 5, § 1, D. IX, 2: „Iniuriam . . . hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit.“

Durch diese Erweiterung des Injurienbegriffes auf die subjektive Seite der Tat wird nunmehr das Erfordernis des Verschuldens aus der Lex selbst abgelesen: damnum iniuria datum ist nur das schuldhafte Unrecht. Da die für culpa unfähig erachteten furiosi ein solches nicht begehen können, so kann Ulpian von ihnen an anderer

---

4. hier = „absehen von“. Vgl. Heumann-Seckel d) s. v. dissimulare.

5. Uebernommen ist diese Entscheidung und Begründung von Modestin L. 9 § 2 D. XXXXVIII, 9; derselbe läßt in L. 12 D. XXXXVIII, 8 die fati infelicitas entschuldigen.

6. Praefectus urbi unter Vespasian. vgl. Kipp, Quellen S. 122.

Stelle sagen: „iniuriam facere non possunt“ (L. 3, pr., § 1, D. XXXXVII, 10).

Ergebnis: Kriminelle und zivilistische Haftungsfreiheit der Unzurechnungsfähigen (vgl. L. 30, § 3, D. IX, 2 [Paulus]).

Zusatz: Ein in lucidis intervallis zugefügter Schaden ist von dem sonst Unzurechnungsfähigen voll zu ersetzen[7]. Hier ist er delikts- und geschäftsfähig[8], also voll handlungsfähig. Bei Haftungsfreiheit unzurechnungsfähiger Täter werden deren Aufsichtspflichtige[9] für den angerichteten Schaden haftbar gemacht, wofern sie die Beaufsichtigung schuldhaft vernachlässigten; denn „custodes furiosis non ad hoc solum adhibentur, ne quid perniciosius ipsi in se moliantur, sed ne aliis quoque exitio sint, quod si committatur non immerito culpae eorum adscribendum est, qui neglegentiores in officio suo fuerint[10].“

Im strikten Gegensatz zum römischen Recht läßt das deutsche Recht für die Entstehung des zivilistischen Schadensersatzanspruchs lediglich die objektive Seite der Tat, nicht die subjektive — die culpa — entscheiden. „Wer Schaden tut, muß Schaden bessern“ oder „die Tat tötet den Mann“, sog. Veranlassungsprinzip, Prinzip der Erfolgshaftung.

Wir hatten bereits anfangs darauf hingewiesen, daß ein auf diesem Prinzip beruhendes Recht nur die physische Kausalität, nicht aber den Willen des Täters und folgerichtig auch nicht seine Zurechnungsfähigkeit in Betracht zieht. So haben denn die germanischen Rechte den Schaden, „welchen Leute ohne Zurechnungsfähigkeit verursacht hatten, aus ihrem Vermögen ersetzen“ . . . lassen und haben auch an-

---

7. L. 6 § 1 Cod. V, 70; vgl. über die Weiterentwicklung v. Bar a. a. O. Bd. II, S. 55
8. L. 2 Cod. IV, 38.
9. L. 7 pr. Dig. XXVII, 10.
10. L. 14, Dig. I, 18.

geordnet, daß „das schädigende Kind dem Verletzten übergeben werde, um bei ihm die Schuld abzuverdienen[11]“.

Auf strafrechtlichem Gebiet forderten allerdings auch die germanischen Rechte Zurechnungsfähigkeit des Täters[12]; hier wurde das Willensmoment nicht ausgeschaltet, weil der verbrecherische Wille als solcher bestraft werden sollte. Mit voller Klarheit erkennt die Glosse zum Sachsenspiegel den Grund dieser verschiedenen Regelung in der verschiedenen Zwecknatur der kriminellen und zivilistischen Rechtssatzung. Die Zivilrechtsnorm verfolgt den Ausgleich realer Interessen: das verletzte Rechtsgut soll seinem Träger wiedergegeben werden, und das geschieht durch die Statuierung einer Pflicht zur Wiederherstellung des vor dem schädigenden Eingriff bestehenden Zustandes. Die Strafrechtsnorm hingegen richtet sich gegen den verbrecherischen Willen als solchen, gegen die „antisoziale Gesinnung“[13] des Täters — wie wir heute sagen. Darum gilt hier: „Gewalt — d. i. kriminelles Unrecht — mag keiner jemandes thun ohn willen. Darumb auch diese, nemlich Kinder und Thoren, weil sie keinen Willen noch vorsatz haben mögen, mögen sie auch niemand einige gewalt thun, und folgendts verwircken sie auch damit ihren leib nicht.“ Anders ist es mit der zivilrechtlichen Schadensersatzpflicht; denn hier ist zu beachten, „das einer einem andern auch ohn willen mag schaden thun, und den muß man gleichwol gelten. darumb man auch der kinder und thoren schaden gelten sol, ob sie ihn gleich ohne willen und vorsatz gethan hetten[14]. . . .

---

11. So Stobbe a. a. O. Bd. III, S. 508; vgl. dazu auch Hübner S. 556.

12. Vgl. Kraut a. a. O. S. 340/41.

13. Vgl. Liszt, Strafrecht § 36, I, 1.

14. Glosse zu II, 65, Ssp. ed. Christoff Zobel. S. 293; vgl. auch ebd. S. 305 zu Ssp. III, 3: „niemandt mag womit seinen leib vorwirken, es sey dann zugleich willen und that dabey gewesen“ und weiter der Unterschied zwischen der „pein“ und der auch das Kind treffenden zivilistischen „buße“.

Dieses die Glosse zu der Vorschrift des Sachsenspiegels II, 65: „nen kint ne mach binnen sinen jaren nicht dun, dar it sin lif mede verwerke[15].“ Vgl. auch Richtsteig Landrechts, cap. 32, § 12[16]; cap. 43, § 6: „van dorheit sin lif nicht vorwerken mach[17].“

Nach diesem Exkurs über die kriminelle Unverantwortlichkeit Unzurechnungsfähiger auch im deutschen Recht nennen wir einige Quellenbeispiele[18] für ihre zivilistische Haftbarmachung:

1. für die Volksrechte:

a) lex salica, cap. 24 de homicidiis parvolorum, § 5[19]: „si vero puer infra XII annos aliqua culpa committat, fretus ei nullatenus requiratur.“ Also Befreiung von dem poenalen fretus, weil für alle Strafe — wie ausgeführt — der böse Wille des Täters Voraussetzung ist, welcher bei der rechtswidrigen Tat des Kindes vermutlich fehlt. Aber keine Befreiung des puer von der zivilistischen Schadensersatzpflicht, vom faidus. Das folgt per argumentum e contrario aus der zitierten Bestimmung; in diesem Sinne sagt das Capitulare IX, 5[20]: „si infans infra XII annos res alterius iniuste sibi usurpaverit, eas excepto fredo cum lege sua componat. . . .“

b) lex frisionum Add. sapientium, tit. III, § 70[21]: „similiter et puer qui nondum XII annos habet, si cuilibet vulnus intulerit, in simplo componat.“

2. für die Rechtsbücher:

a) Ssp. Landrecht II, 65[22]: „sleit it (nämlich ein Kind)

---

15. ed. Homeyer, Berlin 1835, p. 171.
16. ed. Homeyer, Berlin 1857, p. 211/12.
17. eod. p. 281.
18. Diese Anführung von Beispielen erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Vgl. dafür Kraut a. a. O. S. 339 ff.
19. lex salica, ed. Geffcken, Leipzig 1898, S. 22.
20. Geffcken eod. S. 88.
21. Richthofen, Friesische Rechtsquellen, Berlin 1840, S. 41.
22. ed. Homeyer S. 171.

enen man . . . sin vormunde sal't beteren mit jenes weregelde, of it up ine vullbracht wert. svelken scaden it dut, den sal he gelden na sinem werde mit des kindes gude." Die Schlußwendung zeigt die Haftung des Kindesvermögens, der Vormund bewirkt die Ersatzleistung aus des Kindes Gut[23]. Vgl. ferner Ssp. III, 3[24]: „over rechten doren unde over sinnelosen man ne sal man ok nicht richten; sweme sie aver scaden, ire vormünde sal it gelden."

b) vgl. auch Richtsteig Landrechts, cap. 43, § 6[25]: „so vrag we dat scole untrichten. so vintme de vormunder van des kindes gute."

Die Rezeption des römischen Rechts bringt die Wiederherstellung des Verschuldungsprinzips und der Haftbefreiung unzurechnungsfähiger Schädiger.

Die Naturrechtslehre[26] verlangt wiederum Haftung der Unzurechnungsfähigen auf Grund allgemeiner „Sentiments" und nähert sich damit im Ergebnis dem deutschen Recht, trotzdem ihre Ausgangspunkte von dem deutschrechtlichen Ausgangspunkt der Erfolgshaftung grundverschieden sind. Trotz Anerkennung des römischen Satzes, daß die Tat des Unzurechnungsfähigen casus sei, will die Naturrechtslehre dennoch unter Vermeidung des „casum sentit dominus" zu einer Haftung kommen. Beachtenswert ist, daß jeder Versuch der Wiederbelebung des deutschrechtlichen Veranlassungsprinzips fehlt[27] und das Culpaprinzip als solches nicht

---

23. Er selbst ist nur subsidiär haftbar und kann sich durch Hingabe des Kindes befreien. Die Erörterung der hier ansetzenden Streitfrage dürfte zu weit führen. Geiser (S. 9) irrt, wenn er sagt, Kraut leugne die Subsidiarität dieser vermundschaftlichen Haftung. Vgl. Kraut S. 345 u. 360.

24 a. a. O. S. 180.

25. ed. Homeyer; vgl. oben S. 12 Anm. 16.

26. Vgl. dazu Geiser S. 15 ff.

27. Wir werden uns bei der Besprechung des geltenden Rechts dessen zu erinnern haben. Mit Recht bezeichnet Hedemann (a. a. O.

angetastet wird. Die naturrechtliche Lehre fordert vielmehr auf Grund allgemeiner Billigkeitserwägungen die Haftung Unzurechnungsfähiger: es wäre lediglich eine zur Rechtspflicht verdichtete Anstandspflicht, daß etwa der geisteskranke Millionär, der einen armen Teufel geschädigt hat, diesen hinterher schadlos halte, und man könne unterstellen, daß der Schädiger, wenn er zur Vernunft zurückkehren würde, diese Pflicht anerkennen und erfüllen würde: „quod si tamen pauper a locuplete per casum fortuitum sit laesus, liberalitati ipsius congruens erit, miserum aliquo beneficio solari[28].“ Diese Erwägungen klingen noch in Ungers ersten Aeußerungen zu unserer Frage nach[29]. Aehnlich auch Stammlers Lehre (s. unten § 6) und die in der zweiten Kommission des BGB. vertretene Auffassung[30].

Gaius Mathias Arend[31] — nicht Thomasius, wie Hepp[32] und ihm folgend Geiser[33] sagen — lehrt, daß die gemeinrechtlich gewandelte actio legis Aquiliae, welcher das poenale Element fehle, auch adversus furiosos gegeben werden müsse. Die innere Rechtfertigung der Haftung sieht er a maiore ad minus schließend darin, daß gegen den

---

S. 107) in dieser Frage jede Verknüpfung der germanischen Rechtsgedanken, die nur zum reinen Veranlassungsprinzip führen, mit den Gedanken des Naturrechts als historische Verkennung.

28. So Pufendorf: de iure naturae et gentium III, 1 § 6.

29. Wenn er (bei Grünhut Bd. 8, S. 237) sagt, das Recht praesumiere, das der Unzurechnungsfähige, wenn er nach der Tat zum Vernunftgebrauche zurückkehren würde, die moralische Pflicht, den im unzurechnungsfähigen Zustande angerichteten Schaden zu ersetzen, gern erfüllen würde. Aehnlich Pfaff, ebd. S. 721 ff.

30. Vgl. Prot. II, S. 583, 589; vgl. auch RG. Bd. 60, S. 303.

31. In seiner Dissertation: de larva legis Aquiliae detracta actioni de damno dato in foris Germanorum. Weimar 1703. Das Verdienst, diese Autorschaft wieder festgestellt zu haben, gebührt Adler, a. a. O. Anm. 1.

32. a. a. O.

33. a. a. O.

unzurechnungsfähigen Angreifer das Notwehrrecht gegeben sei: es erscheine unbillig, dem Angegriffenen, welcher keine Notwehr geübt hat, und dadurch verletzt wurde, nun obenein den Schadensersatzanspruch zu versagen. Auch dieser Gedanke fiel auf fruchtbaren Boden; er wird von dem Gesetzgeber des a. BGB. von 1811[34] und später auch in dem Gutachten von Pfaff-Randa-Strohal[35] herangezogen.

An die naturrechtlichen Erwägungen anschließend bringt das ALR. eine Haftung Unzurechnungsfähiger[36]. Während in den deutschen Rechten der Unzurechnungsfähige primär, der Vormund subsidiär haftet, tritt hier umgekehrt die Haftung des Unzurechnungsfähigen erst hinter der des Aufsichtspflichtigen (der „Aufseher oder Aeltern") ein; nämlich dann, wenn aus deren Vermögen der Ersatz tatsächlich nicht zu erlangen ist, oder wenn ihnen der Exkulpationsbeweis gelingt. Der Umfang der Haftung, nicht ihr Bestehen[37], ist durch Billigkeitsrücksichten in der Weise begrenzt, daß dem Schuldner die für seinen Unterhalt erforderlichen Mittel zu belassen sind, sog. beneficium competentiae. Dagegen findet eine allgemeine Billigkeitserwägung in der Weise, daß der Richter die Vermögensverhältnisse beider Parteien zu prüfen und miteinander zu vergleichen hat, nicht statt. Der Anspruch ist auf Ersatz nur des unmittelbaren Schadens gerichtet[38]. Die betreffenden Bestimmungen lauten:

ALR. I, 6, § 41. Wenn Wahn- und Blödsinnige oder

---

34. Vgl. Hedemann a. a. O. S. 108, Anm. 22, Abs. 2.

35. S. Literaturverzeichnis.

36. Ueber die Entstehungsgeschichte vgl. Hedemann a. a. O. S. 108 Anm. 22. Als geistiger Urheber der Idee erscheint v. Tevenar.

37. Das „Ob" der Leistung ist zweifellos, nur das „Wieviel" ist von dem Vermögen des Schuldners abhängig.

38. Diese Modifikation ist in der späteren Entwicklung fallen gelassen.

Kinder unter sieben Jahren jemanden beschädigen, so kann nur der Ersatz des unmittelbaren Schadens aus ihrem Vermögen gefordert werden.

§ 42. Doch haftet das Vermögen solcher Personen nur alsdann, wenn der Beschädigte den Ersatz aus dem Vermögen der Aufseher oder der Aeltern nicht erhalten kann.

§ 43. Auch haftet dasselbe nur soweit, als dadurch dem Beschädigten der nötige Unterhalt, und wenn er ein Kind ist, die Mittel zu einer standesmäßigen Erziehung nicht entzogen werden.

§ 44. Hat der Beschädigte dergleichen Personen durch sein eigenes, auch nur geringes Versehen zu der schädlichen Handulng veranlaßt, so kann er sich an das Vermögen derselben nicht halten.

§ 57. Gleiche Verbindlichkeit hat der, welcher die über Wahn- und Blödsinnige oder über Kinder unter sieben Jahren ihm obliegende Aufsicht gröblich oder auch nur aus einem mäßigen Versehen vernachlässigt.

§ 2.

Die Deliktshaftung Unzurechnungsfähiger in den ausländischen Rechten des 19. Jahrhunderts.

1. Oesterreichisches Recht.

Die dem ALR. zugrunde liegenden naturrechtlichen Billigkeitserwägungen — nicht germanistische Rechtsgedanken der Erfolgshaftung — sind auch für die Statuierung einer Haftung Unzurechnungsfähiger im österreichischen allg. BGB. von 1811 maßgebend gewesen. Auch hier wird der Bruch mit der gemeinrechtlichen Doktrin vom Gesetzgeber wohlbewußt vollzogen. Auch hier tritt die Haftung nur subsidär ein, wenn vom Aufsichtspflichtigen (§ 1309)

Ersatz nicht zu erlangen ist, sei es aus rechtlichem Grunde (der Exkulpationsbeweis gelang, weil die „Vernachlässigung“ fehlte), sei es aus tatsächlichem (frustra excussus).

§ 1310 lautet: „Kann der Beschädiger auf solche Art den Ersatz nicht erhalten, so soll der Richter mit Erwägung des Umstandes, ob dem Beschädiger, ungeachtet er gewöhnlich seines Verstandes nicht mächtig ist, in dem bestimmten Falle nicht dennoch ein Verschulden zur Last liege, oder ob der Beschädigte aus Schonung des Beschädigers die Verteidigung unterlassen habe, oder endlich mit Rücksicht auf das Vermögen des Beschädigers und des Beschädigten, auf den ganzen Ersatz oder doch einen billigen Teil desselben erkennen.“

Dem ALR. gegenüber ist als neu zu beachten:

a) Die Rechtfertigung der Haftung aus dem Notwehrrecht findet hier gesetzliche Sanktion in der Bestimmung, daß die Haftung dann eintreten solle, wenn „der Beschädigte aus Schonung des Beschädigers“ die Verteidigung unterlassen habe. Es erscheint unbillig, wenn man dem Beschädigten keine Ersatzklage geben wollte, obwohl er doch den Ersatz im Gewaltwege der Notwehr sich hätte verschaffen dürfen und dies nur aus „Schonung“ nicht getan hat.

b) Die Haftung wird schlechthin auf die beiderseitigen Vermögensverhältnisse abgestellt. Der naturrechtliche Billigkeitsgedanke ist damit konsequenter durchgeführt als im ALR., in welchem die Haftung grundsätzlich auf vollen Ersatz geht und der Schädiger demgegenüber nur das beneficium competentiae geltend machen kann. Im österreichischen allg. BGB. ist die Höhe der Ersatzpflicht schlechthin von der Billigkeitserwägung abhängig gemacht. Diese ist dem Richter anvertraut; er hat unter Prüfung der beiderseitigen Vermögensverhältnisse nach freiem Ermessen die Haftsumme zu bestimmen. Daraus darf nun aber nicht gefolgert werden, daß die Obligation nur in der durch Billigkeitserwägung festgesetzten Höhe entstehe. Ihr Bestand ist

vielmehr mit der unerlaubten Handlung als solcher gegründet, nur ihr Umfang — an sich unbegrenzt — ist durch den Richter einschränkbar. Das ergibt schon der Wortlaut, nach welchem primär der „ganze Ersatz", sekundär der „billige Teil desselben" zu leisten ist[1].

c) Von besonderer Bedeutung erscheint die Hervorhebung der Fälle, in denen dem Täter, „ungeachtet er gewöhnlich seines Verstandes nicht mächtig ist . . . ein Verschulden zur Last" liegt. Hier ist die Möglichkeit eines Verschuldens Unzurechnungsfähiger vorausgesetzt, jener Quasiculpa, welche uns im dogmatischen Teil dieser Arbeit beschäftigen wird. Generell sind auch nach österreichischem Recht Geisteskranke und Kinder für angerichtete Schäden nicht verantwortlich. Das folgt aus der für sie nicht zutreffenden Vermutung des § 1297, „daß jeder, welcher den Verstandesgebrauch besitzt, eines solchen Grades des Fleißes und der Aufmerksamkeit fähig sei, welcher bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann". Sie sind also einer Schuld nicht fähig, es wird ihnen zur Schuld nicht zugerechnet, sie sind „zurechnungsunfähig". Trotzdem spricht nun § 1310 von ihrem Verschulden, welches der Richter prüfen soll. Und zwar gerade dann, wenn die pathologische Geistesbeschaffenheit feststeht, ein echtes „Verschulden" mithin ausgeschlossen ist (§ 1297). Der Richter soll erwägen, ob aus der Fehlerhaftigkeit des Willens dem Täter ein Vorwurf zu machen ist, ob sie als Aeußerung „antisozialer Gesinnung" Mißbilligung verdient. Denn einen rein tatsächlichen Willen kann auch der im Zeitpunkt des Deliktes Wahnsinnige haben, freilich einen abnorm bestimmten. Liegt also ein solcher vorwerfbarer Willensfehler — dieses tatsächliche Verschulden — des an sich Schuldunfähigen vor, so soll er wegen seiner Quasiculpa billigen Ersatz leisten.

---

1. Diese Ausführung hat für die Interpretation des § 829 BGB. Bedeutung; vgl. § 20 unserer Darstellung.

Nicht etwa ist mit dem in § 1310 genannten „Verschulden“ das Verschulden des in lucido intervallo handelnden Unzurechnungsfähigen gemeint. Dieses wäre vielmehr ein echtes Verschulden[2]; denn der in lucido intervallo delinquierende, sonst unzurechnungsfähige Täter wird als ein — wenn auch nur vorübergehend — Zurechnungsfähiger erachtet[3].

2. Schweizerisches Recht.

Der Einfluß der besprochenen Vorschriften des ALR. und des allg. BGB. auf die schweizerische Gesetzgebung ist unverkennbar[4].

Wir heben hervor:

a) Züricher Gesetzbuch von 1853/56, § 1835 a. E.: „ausnahmsweise kann durch freies richterliches Ermessen auch in solchen Fällen (sc. der Zurechnungsunfähigkeit) dem Schädiger, wenn er eigenes Vermögen hat, der Schadensersatz ganz oder teilweise auferlegt werden.“

b) Schweizer Obligationenrecht vom 30. März 1911, art. 54: „Aus Billigkeit kann der Richter auch eine nicht urteilsfähige Person, die Schaden verursacht hat, zu teilweisem oder vollständigem Ersatze verurteilen.“ Nach der älteren Fassung von 1881, art. 58 konnte er das „aus Rücksichten der Billigkeit“ nur „ausnahmsweise“.

---

2. D. h. ein solches, dem das Merkmal der Zurechnungsfähigkeit inhärent ist.

3. Die Anwendbarkeit des § 1310 auf die „unwillkürlichen Handlungen“, des § 1306 ist bestritten und wird unten § 5 erörtert werden.

4. Im einzelnen ist auf Geiser S. 33 ff. und Hedemann a. a. O. zu verweisen. Eine Haftung kennen das Luzerner BGB. von 1831/39 §§ 724—726; das Solothurner Ziv.GB. von 1841/47 § 1372 und das Aargauer a. BGB. von 1847/56 § 807. Eine vollständige Haftfreiheit Unzurechnungsfähiger im Sinne des romanistischen Culpaprinzips hat nur das Berner Ziv.GB. von 1824/30 in Satzung 971.

3. Das französische Recht und seine Nachbildungen.

a) Der Code civil bleibt dem romanistischen Prinzip der Haftfreiheit Unzurechnungsfähiger treu. Art. 1382 sagt: „Tout fait quelquonque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer." Doktrin und Praxis haben nun diesen Artikel unter Betonung des „par la faute duquel" dahin ausgelegt, daß unzurechnungsfähige Personen, weil ihnen zum Verschulden nicht zugerechnet werden könne, schlechthin haftfrei sein müßten. So sagt Zachariae-Crome[5]: „ein Kind, ein Entmündigter kann nicht wegen einer Handlung, die sonst die Eigenschaft eines Deliktes haben würde, auf Schadensersatz belangt werden", und bezeichnet dies als communis opinio. Eine Haftung käme nur dann in Frage, wenn der Entmündigte in lucido intervallo, das Kind bei Vorhandensein der erforderlichen Einsicht (discernement) gehandelt habe[6].

Die neuere französische Wissenschaft kämpft gegen diese Auffassung an[7] und wünscht eine quasi-deliktische Haftung Unzurechnungsfähiger, welche am besten durch einen Zusatz zu art. 1382 ausdrücklich festzusetzen sei[8].

---

5. a. a. O. S. 757, besonders Anm. 3.

6. Eine Haftung, die obenein wegen art. 1384 auch immer nur eine subsidiäre sein könne; art. 1384 sagt nämlich: „On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit repondre. . . . Le père et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux . . .

Letzter Abs.: Exkulpationsbeweis, „qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité".

7. Vgl. Geiser S. 21 ff.; Hedemann S. 110 Anm. 23.

8. M. E. kommt man auch ohne eine solche Gesetzesänderung zu dem gewünschten Ergebnis. Es gilt nur, den Verschuldensbegriff in dem weiteren untechnischen Sinne zu erfassen, wie wir ihn späterhin in den §§ 10—12 darstellen werden. Danach ist die ur-

b) codice civile. art. 1151 entspricht dem art. 1382 des code civil: „qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri obbliga quello per colpa del quale e avvenuto a risarcire il danno." art. 1153 statuiert die Haftung der Aufsichtspflichtigen[9] [10].

---

sprünglich rein tatsächliche Beziehung des Täters zur Tat im Falle ihrer Vorwerfbarkeit das „Verschulden". Das Merkmal der Zurechnungsfähigkeit aber ist nicht logisch notwendiges Element des Verschuldensbegriffes, weil jener Vorwurf, jene Mißbilligung auch dem Unzurechnungsfähigen gegenüber erhoben und die rein tatsächliche Beziehung zur Tat (Willen) auch bei ihm vorliegen kann; zutreffend sagt Pascaud (cit. nach Geiser S. 28 ff.): „chez le dément la volonté n'est peut-être pas aussi complète, aussi développée que chez un homme sain d'esprit. Mais la voie de fait, dont l'insensé est l'auteur n'en a pas moins été voulue, combinée, préparée. Il doit donc en être responsable civilement, puisqu'elle a causé un dommage. Un fou a le génie de la destruction . . . une espèce de quasi-préméditation . . ." — Das französische Recht verbietet m. E. nicht die Anwendung dieses untechnischen Verschuldensbegriffes. Denn es sagt nicht ausdrücklich, daß die fraglichen Personen unverantwortlich seien und erklärt damit ihr Verschulden für rechtlich irrelevant — wie es das BGB. in den §§ 827/28 tut (s. unten § 4). Die technische Formung des Verschuldensbegriffes fehlt. Gesagt ist nur, daß man par la faute hafte; nicht aber, daß diese faute nur dann „faute" sei, wenn sie vom Zurechnungsfähigen ausgeht. Vielmehr ist diese Auffassung erst von der Doktrin ausgebildet und beruht auf der fehlerhaften Voraussetzung, daß nur dem Zurechnungsfähigen aus seinem Willensfehler ein Vorwurf gemacht werden könne.

9. Art. 1153: „Ciascuno parimente è obbligato non solo pel danno che cagiona per fatto proprio, ma anche per quello che viene arrecato fatto delle persone delle quali deve rispondere . . . il padre e in sua mancanza la madre sono obbligati pei danni cagionati dai loro figli minori abitanti con essi." . . Exculpation, „allorchè . . . provano di non avere potuto impedire il fatto di cui dovrebbero essere responsabili . . ."

10. Von Interesse für die untechnische Auffassung des Verschuldensbegriffes ist art. 1306: „il minore è pareggiato al maggiore di età per le obbligazioni nascenti da delitto o quasi-delitto . . ." Minore ist nach art. 240 „la persona che non ha ancora compito

c) Code civil de l'Empire du Japon[11]. Art. 709: Prinzipielle Culpahaftung. art. 712: Haftfreiheit des Minderjährigen, der noch nicht das „discernement des conséquences de ces actes" besitzt. art. 713: Haftfreiheit des „en état de démence." art. 714: Haftung des Aufsichtspflichtigen mit Exculpationsbeweis.

d) Wichtig ist der vom französischen Vorbilde abweichende Code civil Portugals[12].

Art. 2377 § unique: „Si le tuteur ou le curateur prouve qu'il n'est point responsable, la responsabilité de l'auteur du délit subsistera"; also im Falle des gelungenen Exculpationsbeweises — d. h. bei der rechtlichen, nicht bei der bloß tatsächlichen Unmöglichkeit, vom Aufsichtspflichtigen Ersatz zu erlangen — tritt die subsidäre Haftung des unzurechnungsfähigen Täters ein[13].

§ 3.

Die Entstehungsgeschichte des § 829 BGB.

1. Der erste Entwurf hatte im Sinne der gemeinrechtlichen Doktrin eine ausnahmslose Haftbefreiung der „des Vernunftgebrauches beraubten" Schädiger durchgeführt[1].

---

gli anni ventuno." — Während also der deutsche Richter ein Kind unter 7 Jahren niemals wegen einer verschuldeten unerlaubten Handlung voll verantwortlich machen, sondern nur nach Maßgabe des § 829 zu beschränkter Ersatzleistung verurteilen darf, muß der italienische Richter auch bei diesem unzurechnungsfähigen Täter fragen, ob ihn eine culpa trifft — das folgt aus der Gleichstellung mit dem Volljährigen in art. 1306 — und ihn bejahendenfalls zu vollem Ersatze verurteilen; freilich erst subsidiär nach dem Aufsichtspflichtigen (wegen art. 1153) Aehnlich das Schweizerische Ziv.Gesb ; vgl. darüber Rabel a. a. O. S. 147—151.

11. Uebers. von Motono und Tomii.

12. Uebers. von Laneyrie und Dubois.

13. Anders § 829 BGB.; vgl. § 20 unserer Darstellung.

1. § 708, I, Entw.

Darin sehen die Motive[2] nur die Anwendung des Grundsatzes, daß sog. „unwillkürliche Handlungen“ juristisch unbeachtlich seien. Unter diesen verstand man — nach dem Vorgange des österreichischen allg. BGB. — die unabhängig von jeglichem Willen geäußerten menschlichen Betätigungen (z. B. die Zustände des festen Schlafes und des epileptischen Anfalles).

Diese Ansicht der Motive ruht auf der sehr anfechtbaren Voraussetzung, daß jede Tätigkeit Unzurechnungsfähiger ungewollt sei, also immer eine unwillkürliche Handlung darstelle. Wir müssen hier demgegenüber auf unsere späteren Ausführungen im § 5 verweisen, wo darzulegen sein wird, daß „Handlung“ nur die auf einen menschlichen Willen zurückführbare Veränderung in der Außenwelt ist, daß der Wille Voraussetzung des Handlungsbegriffes ist, daß aber ein jeder Wille genügt, ein rechtlich qualifizierter insbesondere nicht zu erfordern ist; auch der Unzurechnungsfähige kann einen Willen haben, mithin kann auch er eine echte willentliche „Handlung“ vornehmen.

Weiterhin scheint es, als ob die Motive die von ihnen abgelehnten Ausnahmebestimmungen des allg. BGB. und des ALR. dahin verstanden hätten, daß dort eine Haftung Unzurechnungsfähiger auch für ihre ungewollten, sog. „unwillkürlichen“ Handlungen statuiert werde: eine gleichfalls späterhin (§ 5) zu widerlegende Auffassung, aus welcher notwendig folgt, daß Unzurechnungsfähige strenger haften müßten als Zurechnungsfähige: denn letztere haften unbestrittenermaßen für ihre „unwillkürlichen“ Handlungen nicht.

Die genannten Ausnahmen werden für das zu schaffende Gesetz bewußt verworfen; einmal weil sie auf Reminiszenzen des Veranlassungsprinzips beruhten[3], sodann weil die angeblich höhere Billigkeit eine derartige Durchbrechung des

---

2. Bd. II, S. 731.
3. Vgl. dagegen oben S. 13 Anm. 27.

Culpaprinzips nicht rechtfertige, und weil endlich jene Billigkeitsrücksichten dem Richter keine feste Entscheidungsnorm an die Hand gäben[4].

Hiergegen erhob sich eine scharfe Opposition in der Wissenschaft. Gierke verurteilte die Prinzipienreiterei der Verfasser des ersten Entwurfs mit zornigen Worten: „Mag es unser Rechtsgefühl noch so sehr empören, wenn der Millionär, der in einem Wahnsinnsanfall oder in einem nicht gerade selbstverschuldeten Rausche die Habe einer armen Familie zerstört, der reiche Knabe, der ohne die „erforderliche Einsicht" in die Gefährlichkeit der Schießwaffen auf der Jagd einen Holzhauer verwundet, keinen Pfennig zu ersetzen hat: das Prinzip darf um bloßer Billigkeit willen kein Loch bekommen[5]." Man solle sich der alten deutschen Rechtsgedanken erinnern, welche auf dem Umwege über naturrechtliche Erwägungen wenigstens in die bisherigen Kodifikationen (ALR., allg. BGB.) hinübergerettet worden wären[6].

2. In das andere Extrem verfallend, statuierte nun § 752 des zweiten Entwurfes eine Haftung nicht nur der wegen Geistesstörung, jugendlichen Alters, Taubstummheit nicht verantwortlichen Personen (Abs. II), sondern auch der zurechnungsfähigen Schädiger, welche nur deshalb nicht verantwortlich sind, weil ihnen „Vorsatz oder Fahrlässigkeit nicht zur Last fällt". Die Haftung sollte im Falle des Abs. II subsidär eintreten (wenn vom Aufsichtspflichtigen Ersatz nicht zu erlangen ist). In beiden Fällen sollte ihr Umfang nach Billigkeitsgrundsätzen zu normieren sein und dem Schädiger das beneficium competentiae zugestanden werden. Die Minderheit der Kommission hatte hiergegen eingewandt[7],

4. Mot. Bd. 2, S. 734.

5. a. a. O. S. 260; hiergegen wieder Planck im Arch.Civ.Prax. Bd. 75, S. 389/91.

6. Vgl. dagegen oben S. 13 Anm. 17.

7. Vgl. Prot. Bd. II, S. 586.

daß die Mehrheit folgerichtig die Schadensersatzpflicht gänzlich vom Schuldmoment hätte loslösen müssen, womit aber eine Errungenschaft gesteigerter Kultur preisgegeben werden würde: nämlich jener Gedanke, daß nicht die schädigende Handlung als solche, sondern die in ihr verkörperte Schuld des Täters die Ersatzpflicht begründe. Vielmehr würde man wieder zu den naiven Anschauungen einer früheren Entwicklungsperiode zurückkehren. Mit der Gewährung des Kompetenzeinwandes und mit der Verweisung auf Billigkeitserwägungen werde der Boden des Rechts verlassen und eine Unsicherheit der Judikatur heraufbeschworen.

3. § 814 der Bundesratsvorlage gibt den § 752 des zweiten Entwurfes unverändert wieder.

4. Im § 813 der Reichstagsvorlage ist dagegen die Billigkeitshaftung auf die Fälle der Unzurechnungsfähigkeit (Abs. II des § 752, Entw. II) eingeschränkt. Der erste Absatz des § 752 ist gestrichen.

In dieser Form ist die Bestimmung als § 829 Gesetz geworden.

Das Verschuldensprinzip — so folgert man —, zu welchem sich allerdings grundsätzlich beide Kommissionen bekannt haben, ist somit bezüglich der Unzurechnungsfähigen „durchbrochen“ worden. Von allen schuldlosen Schädigern haften nur die Geisteskranken und Kinder. Wir werden im dogmatischen Teil unserer Darstellung sehen, wie es sich mit dieser vermeintlichen Ausnahme vom Culpaprinzip, diesem privilegium odiosum der Unzurechnungsfähigen in Wahrheit verhält.

Zusatz: Hier ist zuerst zwei Ansichten entgegenzutreten, die aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes widerlegbar erscheinen. Sie knüpfen an die Bestimmung des § 707 Entw. I an. Dieselbe lautete: „Ist die beschädigende Handlung von demjenigen, welcher sie begangen, aus entschuldbarem Irrtum für erlaubt gehalten, so ist derselbe nicht zum Schadensersatz verpflichtet.“

Diese Bestimmung ist aber nicht Gesetz geworden. Der in entschuldbarem Irrtum handelnde Schädiger muß deshalb von jeglicher Haftung befreit bleiben. Das ist eine selbstverständliche Folgerung des Verschuldungsprinzips, zu welchem sich die Kommissionen grundsätzlich bekannt haben. Wegen dieser ihrer Selbstverständlichkeit ist die Bestimmung auch gestrichen worden[8].

Ist nun aber die völlige Haftfreiheit der genannten Schädiger das vom Gesetzgeber verlangte selbstverständliche Ziel, so ist die Herbeiführung des gegenteiligen Zieles — der Haftbarmachung — unzulässig. Und es verbietet sich darum auch für diese Fälle die von Henrici[9] geforderte bloß analoge Anwendung des § 829 als dem Geist des Gesetzes widersprechend[10]. Denn durchd iese würden die haftfreien Schädiger wiederum einer (allerdings beschränkten) Haftung unterworfen werden. Wer entschuldbar irrt, dem mangelt die wesentliche Grundlage der Schadensersatzpflicht: die Culpa.

Schuldlose Schädiger sollen haftfrei sein! — das ergibt sich auch aus der Streichung des Ab. I des § 752, Entw. II, welcher diesem Grundsatz nicht entsprach. Der Paragraph hatte — wie bereits erwähnt — eine Billigkeitshaftung zurechnungsfähiger unschuldiger Schädiger statuiert. Er würde als dem Culpaprinzip widersprechend gestrichen[11 12].

---

8. Vgl. Prot. II, S. 584, die Vorschrift ziehe nur „eine selbstverständliche Folgerung aus dem Verschuldensprinzip".

9. Bei Gruchot Bd. 42, S. 633 und 638.

10. Ebenso Neumann, Kommentar C, II, 1 vor § 823 und 3b zu § 829.

11. Vgl. Denkschrift S. 100.

12. Rümelin (Schadensersatz ohne Verschulden S. 57 ff.) ist mit der Beseitigung dieses „Kautschukparagraphen" zufrieden, welcher alle Fälle entschuldbaren Irrtums gedeckt hätte. Ebenso v. Liszt (Deliktsobl. S. 107), dessen Hoffnung, die Streichung des § 752, I würde dem Gesetzgeber wohl von keiner Seite zum Vor-

In allen Fällen schuldloser Schädigung (i. S. des § 752, I) und besonders in dem Spezialfall des entschuldbaren Irrtums ist es deshalb unzulässig, eine Haftung der betreffenden Täter auf dem Umwege der analogen Anwendung des § 829 wieder in das Gesetz hineinzuinterpretieren.

Nun ist freilich der „Wille des Gesetzgebers" allein nicht entscheidend; aber auch systematisch ist meines Erachtens die analoge Anwendung des § 829 auf die Fälle des entschuldbaren Irrtums verfehlt. Der § 829 ist eine in mehrfacher Beziehung singuläre Bestimmung: er findet zunächst Anwendung nur auf die in den §§ 827 u. 828 genannten Personen, auf die Geisteskranken und Kinder, kurz gesagt. Die Gleichstellung des im Irrtum befindlichen Zurechnungsfähigen mit diesen Personen ist — wie Henrici selbst einmal zugibt[13] — nicht angängig. Irrtum und Irrsinn sind weit voneinander verschieden[14].

Gegen den Einwand, daß die Haftbarmachung schuldloser Täter dem Verschuldensprinzip widerspricht, könnte man nun replizieren, § 829 beruhe ja gleichfalls nicht auf diesem Prinzip, und gerade darum sei eine analoge Anwendung möglich. Demgegenüber ist hier auf die späteren Ausführungen (§§ 9—12) zu verweisen. Nach diesen beruht § 829 auf dem Culpaprinzip und findet nur Anwendung, wenn der unzurechnungsfähige Täter quasi-culpos handelte. Im Falle eines entschuldbaren Irrtums eines Zurechnungsfähigen ist aber nicht einmal solche abgeschwächte Culpa vorhanden. Es fehlt schlechthin an jeglichem Verschulden. Diese Rechtsunähnlichkeit der beiden Fälle verbietet die Analogie.

---

wurf gemacht werden, sich nicht erfüllt hat; denn für Billigkeitshaftung des zurechnungsfähigen schuldlosen Täters treten de lege ferenda ein, z. B. Dungs a. a. O. S. 541; ferner Unger a. a. O. S. 137 und 141.

13. a. a. O. S. 635.

14. Vgl. den Aufsatz des Verf. in JW. 1913, S. 291 ff.

Dittenberger[15] gründet auf die Entstehungsgeschichte des § 829 und die Streichung des § 707 Entw. I die Behauptung, daß dem Recht der unerlaubten Handlung das Veranlassungsprinzip zugrunde liege. Warum hätte man sonst die vom Standpunkt des Culpaprinzips überflüssige Vorschrift getroffen, daß bei entschuldbarem Irrtum die Haftung ausgeschlossen sein sollte; dies sei lediglich in der Befürchtung geschehen, daß „die Gesamtheit der übrigen Bestimmungen des Entwurfs über die unerlaubten Handlungen eine Ausscheidung des Verschuldensmoments aus dem Begriff dieser Handlungen zulassen könnte, indem man Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht als Schuldformen, sondern rein objektiv als Mittel zur Vorstellung der kausalen Verknüpfung von Willensbetätigung und Erfolg auffaßte."

Der § 707 war allerdings vom Standpunkt der Verschuldenshaftung überflüssig. Wie aber soll es ein Symptom für das Schwinden des Culpaprinzips und seine Ersetzung durch das Veranlassungsprinzip sein, wenn man — wie bereits erwähnt — in der zweiten Kommission diese Vorschrift als selbstverständlich strich! So fest stand auch diese Kommission auf dem Boden des Culpaprinzips, daß sie eine überflüssige, dasselbe nur bestätigende Vorschrift ohne Gefahr entbehren konnte, jene selbe Kommission, welche eine Billigkeitshaftung schuldloser zurechnungsfähiger Täter einführen wollte (§ 752, I, Entw. II)! Meines Erachtens ist gerade durch diese Episode der Entstehungsgeschichte jede Möglichkeit genommen, „der von den Motiven abgelehnten Eliminierung des Schuldmomentes aus dem Begriffe der unerlaubten Handlung zur Geltung zu verhelfen[16]".

Das Recht der unerlaubten Handlung ist auf dem Prinzip der Verschuldenshaftung aufgebaut. Mit Ausnahme der aus Zweckmäßigkeitsgründen in den Titel hineingestellten Be-

15. a. a. O. S. 77.
16. Wie es Dittenberger a. a. O. will.

stimmungen[17] über die Tierhalter- und Wildschadenhaftung — §§ 833, I und 835 — beruhen alle Bestimmungen des Titels auf dem Verschuldensprinzip. Auch der § 829. Dies wird im folgenden darzulegen sein.

§ 4.

Dogmatische Einleitung.

Der Rechtsgrund der Haftung Unzurechnungsfähiger liegt in der Anerkennung der Unzurechnungsfähigen als Rechtssubjekte. Nur ein Träger subjektiver Rechte, das Rechtssubjekt, kann eine rechtswidrige Handlung begehen. Nur für einen solchen kann der Satz von der Korrelativität von Recht und Pflicht in Betracht kommen, nach welchem derjenige, der vor fremden Eingriff geschützt wird, auch seine Eingriffe in einen fremden Rechtskreis zu verantworten hat.

Wir haben deshalb vorerst die Frage aufzuwerfen: ist der Unzurechnungsfähige Rechtssubjekt? Sodann: ist er nicht nur Träger subjektiver Rechte, sondern kann er auch Pflichten haben? Wenn diese beiden Fragen in bejahendem Sinne beantwortet werden, so ist schließlich noch zu fragen: entspricht es dem Grundsatze der Korrelativität von Recht und Pflicht, die Deliktshaftung vom Verschulden abhängig zu machen und dabei das Merkmal der Zurechnungsfähigkeit in den Verschuldensbegriff hineinzunehmen, so daß der unzurechnungsfähige Schädiger haftfrei bleiben muß? Im Anschluß daran werden wir feststellen können, welche Natur die abgeschwächte Deliktshaftung Unzurechnungsfähiger nach § 829 hat, ob sie Culpahaftung sein kann oder ob ihr ein besonderes — im System des BGB. als Ausnahme erscheinendes — Haftungsprinzip zugrunde liegt, etwa das

17. So auch RG. Bd. 50, 410; 57, 55; 60, 303/04.

der Veranlassung, der „konkreten Billigkeit“ oder der Gefährdung.

Rechtssubjekt sein heißt: Träger subjektiver Rechte sein[1]. Der Begriff des subjektiven Rechts ist somit das „logische prius“[2] gegenüber dem Begriffe der Rechtssubjektivität: diese stellt sich dar als die Fähigkeit, subjektive Rechte zu haben.

Das subjektive Recht besteht aus zwei Elementen, von denen bald das eine, bald das andere für sich allein als das subjektive Recht selbst in Anspruch genommen worden ist. Das eine ist die Willensmacht oder Willensherrschaft[3], das andere das rechtlich geschützte Interesse[4]. Wir fassen es mit der vermittelnden Meinung[5] als die von der Rechtsordnung verliehene Macht zum Handeln, welche, wie man noch hinzusetzen kann, „zur Befriedigung menschlicher Interessen dienlich ist[6].

Kann nun ein Unzurechnungsfähiger Träger des subjektiven Rechts sein, obgleich in dessen Wesen eine Willensmacht[7] liegt, die er bei seiner geistigen Anomalie nicht aufbringen kann?

Ihering[8] hat diese Frage verneint; andererseits stand ihm die Rechtssubjektivität der Unzurechnungsfähigen fest, und

---

1. Die folgenden Ausführungen können im Rahmen dieser Schrift nur skizzenhaft sein.
2. So H. A. Fischer a. a. O. S. 31 und Binder a. a. O. S. 49.
3. So die Windscheidsche Lehre.
4. So die Iheringsche Lehre.
5. Vgl. Binder a. a. O. S. 38 ff.
6. So Enneccerus 6/8, Bd. I, S. 159, im Anschluß an Regelsberger, Pand. Bd. I § 14.
7. Seltsam die Auffassung v. Tuhrs S. 57 a. a. O.: dem Unzurechnungsfähigen seien subjektive Rechte zugesprochen, obgleich ihm gegenwärtig ein Wille mangele, um des potentiellen Willens wegen (wenn er später zur Vernunft gelange bzw. zurückgelange).
8. Geist des römischen Rechts, 5. Aufl., Bd. III, S. 332/36.

so kam er zur Ausscheidung des Willensmoments aus dem Begriff des subjektiven Rechts.

Zum entgegengestzten Ergebnis kommt Binder[9]. Da die Ausübung des subjektiven Rechts Betätigung der in demselben liegenden Macht sei, dieselbe zu üben, so könne er als Träger subjektiver Rechte nicht anerkannt werden, sei mithin — rechtsunfähig!

Beide Ansichten können nicht befriedigen. M. E. ist die Frage der Rechtssubjektivität Unzurechnungsfähiger lediglich aus dem jeweiligen positiven Recht zu beantworten; denn Rechtssubjekt sein, heißt ja lediglich bestimmte rechtliche Fähigkeiten, Eigenschaften haben, und der Begriff des Rechtssubjekts bedeutet nicht ein Wesen, eine Substanz, sondern „wie alle Rechtsbegriffe . . . eine Relation . . ., eine von der Rechtsordnung verliehene Eigenschaft“[10 11], welche ebensogut wie den Einzelmenschen auch anderen Wesen zugeteilt werden kann. Wie aber ein Recht Verbände (Juristische Personen), Pflanzen, Tiere, leblose Gegenstände oder Götter als Rechtssubjekte anerkennen kann[12], so kann

---

9. a. a. O. S. 63/64.

10. So Jellinek, Recht des modernen Staates, 2. Aufl., Bd. I, S. 163.

11. Wenn Fischer (S. 34) hiergegen einwendet, daß die Subjektseigenschaft von vornherein verselbständigt dem „Ichwesen“ inhärent ist und ihm nicht erst beigelegt zu werden braucht, so ist darauf zu erwidern, daß der Begriff der Rechtssubjektivität nicht dem philosophischen Subjektivitätsbegriff gleichgesetzt werden kann. Wenn das positive Recht einem Ichwesen trotz seiner Subjektivität keine subjektiven Rechte verleiht, so wird das Subjekt nicht zum Rechtssubjekt (römische Sklaven!). Die Rechtssubjektivität ist ein Akzessorium, eine wirkliche „Eigenschaft“, welche denjenigen Ichwesen beigelegt wird, die vom Rechte im Sinne eines Selbstzweckes als solche erachtet werden.

12. Das haben primitive Rechte getan. Vgl. über Tierstrafen: v. Liszt, Strafrecht § 28 Anm. 2 und die dort genannte Literatur; ferner Wollmann a. a. O. S. 2.

es auch Unzurechnungsfähigen trotz ihrer mangelnden Willensmacht Rechtspersönlichkeit verleihen.

Dies hat unser Recht, wie außer allen Streites steht[13], getan: Unzurechnungsfähige sind Rechtssubjekte[14].

Aus der Korrelativität von Recht und Pflicht müßte nun auch folgen, daß unzurechnungsfähige Personen in gleichem Umfang wie Zurechnungsfähige pflichtfähig sind.

Der prinzipiell unbestrittene Grundsatz der Korrelativität[15] folgt aus der untrennbaren Verbindung aller subjektiven Rechte mit Pflichten. Diese zeigt sich einmal darin, daß jedes subjektive Recht ein Gebot oder Verbot an die dem Rechtsträger gegenüberstehenden Personen ausspricht, daß also dem Rechte des Rechtsträgers stets die Verpflichtung eines anderen entspricht; sodann darin, daß häufig auch in einer und derselben Person Recht und Pflicht genetisch oder funktionell einander bedingen — man denke etwa an die gegenseitigen Verträge des BGB.

Auch § 1 BGB. und § 50 ZPO., welche scheinbar nur die aktive Seite der materiellrechtlichen und prozessualen Rechtsfähigkeit erwähnen, lassen erkennen, daß unsere Gesetze die Korrelation von Recht und Pflicht unterstellen; eben daraum begnügen sie sich, allein die aktive Seite zu nennen. Nichtsdestoweniger ist die passive mit gemeint. „Rechtsfähigkeit" ist zu verstehen = Fähigkeit, subjektive Rechte zu haben (Rechtssubjektivität) + Pflichtfähigkeit.

Trotz Anerkennung des Korrelationsgrundsatzes[16] ist

---

13. Vgl. Bierling Bd. 3, S. 173/74; Fischer S. 42.

14. Inwieweit ein Recht die Unzurechnungsfähigen als rechtsfähig erachten soll, ist eine rechtspolitische Frage, welche hier nicht zur Erörterung steht.

15. Vgl. auch Hold v. Ferneck a. a. O. Bd. 2, S. 13: „Daran ... muß festgehalten werden, daß jedem subjektiven Rechte eine Pflicht entspricht."

16 Hold v. Ferneck a. a. O. Bd. II, S. 13.

nun die Pflichtfähigkeit Unzurechnungsfähiger auch von solchen Schriftstellern[17] bestritten worden, welche diese Personen als Träger subjektiver Rechte anerkennen.

Sie gehen dabei von der sog. Imperativen-Theorie[18] aus, welche das Recht als einen Komplex von an die Gesamtheit gerichteten Imperativen auffaßt, und sagen: Unzurechnungsfähige seien keine tauglichen Befehlsempfänger. Der Gesetzgeber könne für vernünftig nicht erachtet werden, wenn er in der Tat seine Normen an Säuglinge und Tobsüchtige habe richten wollen. In Wahrheit seien diese Befehle an die gesetzlichen Vertreter dieser Personen gerichtet und gäben nur dem allgemeinen Vertretungsbefehl konkreten Inhalt[19].

Demgegenüber hat Thon[20] nachgewiesen, daß die

---

17. Zitelmann: Internationales Privatrecht Bd. 1, S. 47/48 und Hold v. Ferneck a. a. O.

18. Sie wird vertreten insbes. von Thon, s. unten Anm. 20; v. Ferneck a. a. O.; Zitelmann a. a. O. S. 43 ff. u. a.

19. v. Ferneck Bd. 2, S. 24.

20. Vgl. seinen Aufsatz „Der Normenadressat" in Iherings Jahrb. Bd. 50, S. 1 ff. Er führt aus: Der an die gesetzlichen Vertreter gerichtete Vertretungsbefehl (§§ 1664/1833 BGB.) betreffe nur das Innenverhältnis zwischen dem Vormund und dem Unzurechnungsfähigen, nicht aber dessen Verpflichtungen im Außenverhältnis, z. B. gegenüber seinen Gläubigern (vgl. auch Fischer a. a. O. S. 27). Imperative auch „an diejenigen, von denen eine Befolgung nicht erhofft werden kann", seien gerechtfertigt, „damit auch ein Dritter — hier der Richter — von dieser Tatsache Kenntnis nehmen und sie dem Urteile zugrunde legen könne. Nur so ließen sich die weiteren Schritte der Rechtsverfolgung ermöglichen, die das erstrebte Ziel, den Interessenschutz, endlich erreichen lassen" (a. a. O. S. 42). Wie aber sei der Erfüllungszwang (die Vollstreckung) denkbar ohne vorheriges Verpflichtetsein! (a. a. O. S. 39.). Mag der Befehl ruhig an taube Ohren gerichtet sein; eine Willenszucht sei dann zwar ausgeschlossen, die ist aber auch nicht das Ziel des Rechtes; Realinteressen will es dienen. Dieses Ziel wird auch hier erreicht.

Normen auch an solche Personen gerichtet sein könnten, welche sie nicht in dem Maße wie die Zurechnungsfähigen zu erfassen imstande wären. Unzurechnungsfähige sind somit pflichtfähig.

Fassen wir zusammen: der Unzurechnungsfähige ist Träger subjektiver Rechte und nach dem Grundsatze der Korrelation von Recht und Pflicht auch pflichtfähig.

Er ist als Rechtssubjekt imstande, gegen das Gebot eines Rechtssatzes zu verstoßen, d. h. er kann rechtswidrig handeln. Auf Grund des Korrelationssatzes müßte man nun erwarten, daß er für seine rechtswidrigen Handlungen in gleichem Maße wie ein Zurechnungsfähiger verhaftet ist. So sagt Jung[21]: „Als Korrelat jenes Vorzuges, daß obwohl

---

Sodann sei zu bedenken, daß ein Motivationsversuch auch unzurechnungsfähigen Normenadressaten gegenüber wohl denkbar ist.

Dem ist beizustimmen; Unzurechnungsfähige entbehren nicht schlechthin alles geistigen Vermögens, sie können sehr wohl einen Willen haben, nur die Möglichkeit einer vernünftigen Willensentschließung ist zumeist gemindert (vgl. auch Bierling a. a. O. S. 172 ff).

Endlich müsse der Rechtsgenosse wissen, ob er einem normwidrig Handelnden gegenüberstehe, z. B. wegen der Notwehr (Thon a. a. O. S. 46).

Damit sind m. E. Zitelmann und Hold v. Ferneck widerlegt (ebenso Fischer a. a. O. S. 46). Gleichzeitig ist ein Hauptangriff gegen die Imperativentheorie erfolgreich abgeschlagen.

Diese Theorie scheint mir übrigens auch durch die Angriffe Fischers (a. a. O. S. 46 ff.) nicht widerlegt zu sein. Wenn er sagt, die Imperativentheorie vermöge die Befugnis oder Gewährung, welche sich nicht zum subjektiven Recht verdichtet hat, im weiten Raume des Unverbotenen nicht zu erklären, so ist hierauf zu erwidern, daß dieses Gebilde vom Standpunkt der Imperativentheorie sehr wohl erklärt ist als bloßer Ausspruch, der besagt, daß etwas nicht verboten sei (Verneinung eines Verbots) oder der zwar einen Befehl an Gegenüberstehende erläßt, ohne dem positiv Berechtigten das entsprechende subjektive Recht zu verleihen; z. B. Verbotsgesetze des § 823, II BGB., die Auflage im Erbrecht usw. Vgl. hierzu auch Kipp in der Festschrift für Martitz S. 212.

21. a. a. O. S. 53.

ein rechtsbehauptender Wille nicht vorhanden ist, subjektive Rechte als vorhanden angenommen und geschützt werden, muß dieser Rechtskreis, den andere nicht verletzen dürfen, auch verantwortlich gemacht werden für die Verletzungen, die andere Rechtskreise durch ihn erleiden."

Das ist in beschränktem Maße auch der Fall, nämlich bezüglich der Rechtsfolgen des sog. „objektiven Unrechts", d. h. derjenigen rechtswidrigen Handlung, bei welcher den Täter ein Verschulden nicht trifft[22]. Gegen das Gebot eines Rechtsatzes verstoßen — rechtswidrig handeln — kann der Unzurechnungsfähige in gleicher Weise wie der Zurechnungsfähige. Das folgt aus seiner Qualifikation als Normenadressat, aus seiner Pflichtfähigkeit, jenem Korrelat seiner Rechtssubjektivität[23].

In all jenen Fällen nun, wo die Verletzung der Rechtsnorm eine rechtliche Reaktion auslöst, ohne daß die subjektive Beziehung des Rechtsverletzers zu seiner Tat relevant wird, sind deshalb die Unzurechnungsfähigen den Zurechnungsfähigen gleichzustellen. Ein solcher Fall ist die Auslösung des Notwehrrechts: wer durch einen objektiv rechtswidrigen Angriff auf seine rechtlich geschützten Güter bedroht wird, darf Notwehr üben. Auch der unzurechnungsfähige Angreifer handelt rechtswidrig, darum ist dem angegriffenen Rechtsgenossen sein Notwehrrecht unbenommen. So auch die herrschende Lehre[24 25]. Daß dem unzurech-

---

22. Gegen den Begriff des „objektiven Unrechts" Hold von Ferneck. Darüber kann hier nicht gehandelt werden.

23. Dahingegen ist nach unserm Recht die Tierestat keine rechtswidrige Handlung, weil das Tier nicht Normenadressat ist.

24. Vgl. Enneccerus Bd. I, 6./8. Aufl., S. 596/97; insbes. Anm. 5; v. Liszt, Strafrecht, 18. Aufl., S. 149, insbes. Anm. 3; Titze, Notstandsrechte S. 83/84. A. M. früher Kipp zu Windscheid Bd. I, 624/25, 9. Aufl., jetzt mit der herrschenden Meinung, Rechtsverletzung S. 10.

25. Dagegen wird beim Angriff eines Tieres — mangels der

nungsfähigen Angreifer ein Verschulden fehlt, hindert die Entstehung des Notwehrrechts nicht: auch gegen einen zurechnungsfähigen und schuldlosen Angreifer ist ja Notwehr gestattet!

Ebenso bleibt die Unzurechnungsfähigkeit in den Gefährdehaftungsfällen der §§ 833, I, 835 BGB. irrelevant: der Tierhalter und Jagdberechtigte haftet als solcher für den durch seine Tiere, sein Wild, angerichteten Schaden; auf seine subjektive Beziehung zu der Tierestat kommt es gar nicht an (vgl. darüber unten § 14).

Eine unterschiedliche Behandlung zurechnungsfähiger und unzurechnungsfähiger Normenadressaten läßt das Gesetz jedoch da eintreten, wo erst die (mißbilligte) subjektive Beziehung des Täters zu der objektiv rechtswidrigen[26] Tat die Rechtsfolgen auslöst, wo — konkreter gesprochen — die Schadensersatzpflicht nur bei Verschulden des Täters eintritt. Hier sprechen wir vom „schuldhaften Unrecht", vom „Delikt" im eigentlichen Sinne.

Wäre das Korrelationsprinzip durchgeführt, so würde beim „Delikt" eines Unzurechnungsfähigen zu fragen sein, ob den Täter ein Verschulden trifft, d. h. ob seine subjektive Beziehung zur Tat Mißbilligung, Vorwurf verdient (s. unten § 10) und im Bejahungsfalle müßte er in gleichem Umfange wie der zurechnungsfähige Täter verantwortlich gemacht werden. Diese Fragestellung ist aber durch das positive Recht abgeschnitten, nämlich durch die Vorschriften der §§ 827/828 BGB., nach welcher unzurechnungsfähige Personen schlechthin für ihre Delikte nicht verantwortlich sind, also haftfrei bleiben.

Der Grund dieser Unverantwortlichkeit kann allein der sein, daß der Gesetzgeber das Verschulden dieser Personen

---

Rechtswidrigkeit seiner Tat — nur das Recht der Notstandshandlung ausgelöst (freilich nicht unbestritten).

26. Bzw. „sittenwidrigen" im Falle des § 826 BGB.

nicht als Verschulden im Rechtssinne erachtet. Denn weshalb sonst ließe er die Verantwortlichkeit entfallen, da doch alle Tatbestandsmerkmale eines Delikts mit Ausnahme der Zurechnungsfähigkeit vorhanden sind! Auch das subjektive Moment — ein vorwerfbarer Willensfehler des Täters — kann vorliegen (s. u. § 10); es soll aber „juristisch ignoriert" werden[27]. Das Moment der Zurechnungsfähigkeit ist in den Verschuldensbegriff hineingenommen.

Letzterer hat durch die Vorschrift der §§ 827/828 BGB. eine technische Formung erhalten. „Verschulden im technischen Sinne", wie wir es nennen wollen, ist nur das Verschulden des Zurechnungsfähigen.

Solche technische Culpa muß z. B. stets vorliegen, wenn der Verstoß gegen subjektive Rechte der Rechtsgenossen (§ 823, I, BGB.) oder gegen Gesetze, die deren Schutz bezwecken (§ 823, II, BGB.), den Täter zum vollen Ersatz des entstandenen Schadens verpflichten soll.

Unter dem Gesichtspunkt der Korrelation von Recht und Pflicht bedeutet die technische Formung des Culpabegriffs eine außerordentliche, das Korrelationsprinzip durchbrechende, Begünstigung der de iure für schuldunfähig erachteten Unzurechnungsfähigen. Der Gesetzgeber hebt die Allgemeingültigkeit der zum Schadensersatz verpflichtenden Rechtsnormen dadurch auf, daß er sagt: diese Handlung würde bei gleichen objektiven Merkmalen, von einem Zurechnungsfähigen begangen, schuldhaft genannt werden und denselben zum Schadensersatz verpflichten. Wenn es sich aber um einen Unzurechnungsfähigen handelt, soll das anders sein; denn seine Vorstellungen, sein Wille sind durch seine geistige Anomalie beeinträchtigt, sein Vorsatz, seine Fahrlässigkeit, sind als Schuldformen zur Begründung einer Verschuldenshaftung unqualifiziert.

---

27. In diesem Sinne auch Krückmann, in Iherings Jahrb. Bd. 55, S. 2, welcher sagt, „daß die Verantwortlichkeit fortfällt, weil es in juristischem Sinne mindestens an einem Verschulden fehlt."

Diese in den §§ 827/28 BGB. festgesetzte Begünstigung Unzurechnungsfähiger wird zum Teil in § 829 wieder zurückgenommen: das ist mithin keine Verschärfung der Haftung Unzurechnungsfähiger, sondern lediglich eine Wiedereinschränkung der äußersten Haftmilderung (Haftfreiheit), bewirkt durch die Ersetzung der ausgefallenen primären Vollhaftung durch eine subsidiäre Billigkeitshaftung.

Also Restituierung der gewöhnlichen Haftung, welche Culpahaftung ist, nicht Statuierung einer bislang nicht vorhandenen Haftung. Schon in diesem Zusammenhange erscheint es deshalb unwahrscheinlich, daß dem § 829 ein besonderes, sonst im BGB. gar nicht oder nur ausnahmsweise vertretenes, Haftungsprinzip zugrunde liegen soll. Ist die entfallene Haftung Culpahaftung, so kann die restituierte jener nicht wesensungleich sein, muß vielmehr gleichfalls auf dem Culpaprinzip beruhen.

Ferner darf nicht unbeachtet bleiben, daß das Culpaprinzip die Grundlage unseres außerkontraktlichen Schadensersatzrechts bildet. Wird also in besonderen Fällen, zu denen nach der Meinung mancher Schriftsteller der § 829 BGB. gehört, dieses Prinzip zugunsten besonderer Haftungsprinzipien durchbrochen, so trifft die Verfechter solcher Theorien jedenfalls die wissenschaftliche Beweislast. Vorerst hat der römisch-gemeinrechtliche Grundsatz: „nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld[28], fundatam intentionem.

Wir werden die Haftung Unzurechnungsfähiger als Ausfluß des Verschuldensprinzips erklären, haben aber vorerst die abweichenden Theorien über den Haftungsgrund zu besprechen.

Ihre Entstehung wird verständlich, wenn man sich folgendes vergegenwärtigt: die technische Formung des Verschuldensbegriffs ist uns so in Fleisch und Blut übergegangen,

---

28. Ihering a. a. O. S. 199.

daß wir meinen, von einer Culpa des Unzurechnungsfähigen könne nie die Rede sein; denn Zurechnungsfähigkeit sei ein Begriffsmerkmal des Verschuldens: ergo müsse der Haftung Unzurechnungsfähiger ein anderes Prinzip zugrunde liegen. Demgegenüber wird später darzulegen sein, daß ein das Moment der Zurechnungsfähigkeit nicht enthaltender Verschuldensbegriff logisch möglich und für den Spezialfall des § 829 BGB. juristisch geboten ist. Allerdings ist das „Verschulden" unseres positiven Rechts regelmäßig technische Culpa. Daß aber der ursprüngliche, das Merkmal der Zurechnungsfähigkeit nicht enthaltende Verschuldensbegriff dem Gesetz unbekannt, der technische Verschuldensbegriff vielmehr ausnahmslos durchgeführt sei, und daß deshalb der nur auf Unzurechnungsfähigkeit anzuwendende § 829 auf dem Culpaprinzip gar nicht beruhen könne, ist eine petitio principii.

Man hat die Deliktshaftung Unzurechnungsfähiger zu erklären gesucht aus dem Veranlassungsprinzip, aus dem Prinzip der „konkreten Billigkeit", aus dem Gefährdehaftungsprinzip und endlich aus dem an die Culpahaftung angelehnten Prinzip, daß jeder die Aeußerungen seiner Individualität zu vertreten habe.

Allgemeiner Teil.

Rechtsgrund der Deliktshaftung Unzurechnungsfähiger nach bürgerlichem Recht.

Die Theorien, nach welchen § 829 BGB. eine Ausnahme vom Prinzip der Culpahaftung darstellt.

§ 5.

Prinzip der Veranlassungshaftung.

Einige Schriftsteller[1] sehen in der rein physischen Kausalität den Rechtsgrund der Deliktshaftung Unzurechnungsfähiger. Sie wollen in den fraglichen Gesetzesbestimmungen (§ 829 BGB., § 1310 allg. BGB.) lediglich Erscheinungsformen des Veranlassungs- oder Erfolgshaftungsprinzips sehen, welches überhaupt die allgemeine Grundlage alles Schadensersatzrechts sei. Sie behaupten, daß die Verschuldenshaftung zurechnungsfähiger Schädiger eine Ausnahme von der Regel, die (angebliche Erfolgs-) Haftung Unzurechnungsfähiger die Rückkehr zu dieser Regel bedeute[2].

Binding lehrt: „Was der Mensch Schlimmes verursacht, mit oder ohne Schuld, muß er bessern. Hat er das Unglück gehabt, etwa in der Geistesverwirrung fremde Sachen zu zerstören, so ist er doch Urheber des Schadens, hat fremde Rechte verletzt, und der Geschädigte ist noch viel unschul-

---

1. Binding, Normen 2. Aufl., Bd. I, S. 471 ff.; Adler a. a. O. S. 19/20; Dittenberger a. a. O. S. 77 ff.; Mauczka a. a. O. S. 151/53; Steinbach a. a. O.

2. So mit voller Schärfe Dittenberger und Mauczka a. a. O.

diger (!) als er[3]. Das tätige Prinzip hat die Folgen seiner Taten zu tragen und nicht sein Opfer."

Bei der Aufstellung des Satzes, daß unserem Schadensersatzrecht allgemein, also nicht nur bezüglich der Haftung Unzurechnungsfähiger, das Veranlassungsprinzip zugrunde liege, wird nun allerdings nicht immer scharf de lege lata und de lege ferenda geschieden. Oft genug handelt es sich eher um die Postulierung „richtigen Rechts" als um die Auslegung des geltenden Rechts[4].

De lege lata ist zu erwidern, daß die Entstehungsgeschichte des BGB. deutlich das Culpaprinzip als Grundlage der Schadenshaftung erkennen läßt. Wir verweisen dafür auf das in § 3 a. E. Gesagte.

Im Recht der unerlaubten Handlungen kommen als nicht auf dem Culpaprinzip beruhend nur die Vorschriften der §§ 833, I, 835 in Betracht, angeblich auch § 829. Daß diesen damit eo ipso gerade das Veranlassungsprinzip zugrunde liegen müßte, ist eine petitio principii[5]. Die außerhalb des Titels der unerlaubten Handlungen vorkommenden Fälle von „Schadensersatz ohne Verschulden" beruhen sämtlich auf höchst modernen Haftungsgedanken, insbesondere denen der Gefährdung und des rechtlich gewürdigten aktiven Interesses, nicht auf dem primitiven germanischen Prinzip der Veranlassungshaftung.

Aber selbst wenn wir unterstellen, daß die Ver-

---

3. Diese verdächtige Wendung (a. a. O. S. 472) läßt erkennen, daß auch Binding die prinzipielle Herrschaft des Veranlassungsprinzips nicht durchaus selbstverständlich ist.

4. Darauf weist M. Rümelin (Schadensersatz ohne Verschulden S. 57/59 ff.) mit Recht hin.

5. M. E. sind die §§ 833, I und 835 BGB. aus dem Prinzip der Gefährdungshaftung zu erklären, § 829 aus dem der Culpahaftung.

6. Vgl. die gleichnamige Rede Rümelins und die Aufzählung bei Enneccerus Bd. I § 199. Diese Fälle können hier nicht behandelt werden.

anlassungshaftung die Regel sei, soviel ist doch unleugbar, daß die §§ 823 ff. BGB. auf der Verschuldenshaftung beruhen, sei es auch als „Ausnahmen". Wenn nun bei den Unzurechnungsfähigen das für Zurechnungsfähige „ausnahmsweise" geltende Culpaprinzip wieder aufgegeben und zu der angeblichen Grundregel der Veranlassungshaftung zurückgekehrt wird, so müsste das doch aus der besonderen Natur der Delikte Unzurechnungsfähiger erklärt werden.

Dies versuchen die Gegner aber nicht, sondern begnügen sich mit der allgemeinen Bemerkung, daß hier die sonst verlassene Regel zum Durchbruch komme.

Ist es dann nicht aber — wie Dittenberger selbst zugeben muß[7] — mehr als seltsam, wenn bei den besonders schutzbedürftigen Geisteskranken und den „schwachen Jugendlichen" eine Erfolgshaftung statuiert wird! Wäre selbst dieses strenge Haftungsprinzip die Regel, so fragen wir mit desto stärkerem Befremden, warum es zugunsten der Zurechnungsfähigen aufgehoben wird und zuungunsten der Unzurechnungsfähigen wieder in Kraft tritt.

Die Sondernatur des Falles würde eher umgekehrt ein milderndes Haftungsprinzip erheischen, als es sonst dem Gesetz zugrunde liegt.

Der Satz, daß die Deliktshaftung Unzurechnungsfähiger im geltenden Recht auf dem Veranlassungsprinzip beruhe, ist also abzulehnen, weil seine Begründung, unser Schadensersatzrecht ruhe allgemein auf diesem Prinzip, nicht zu erklären vermag, warum die Deliktshaftung Zurechnungsfähiger vom Verschulden abhängig gemacht ist, und vor allem nicht, aus welcher Besonderheit der Delikte Unzurechnungsfähiger es folgen soll, daß für diese die zugunsten der Zurechnungsfähigen gemachte Ausnahme wieder aufgehoben wird.

Gegen die Postulierung einer allgemeinen, nicht nur für unzurechnungsfähige Schädiger geltenden Veranlassungs-

---

7. a. a. O. S. 79.

haftung de lege ferenda ist geltend zu machen einmal die Schrankenlosigkeit des Kausalitätsbegriffs[8], welche zu unbilligen Härten führen würde, sodann die einseitige Inschutznahme individueller Interessen[9] und die Gefahr der Verminderung aller kühneren Betätigung der Rechtsgenossen angesichts drohender Schadensersatzpflichten[9]. Im einzelnen kann darüber hier nicht gehandelt werden[10].

Aus dem Veranlassungsprinzip hat man bezüglich der Haftung Unzurechnungsfähiger eine bedenkliche Folgerung gezogen. Pfaff[11] hat im Anschluß an die bereits mehrfach erwähnte Bestimmung des § 1310 allg. BGB. gesagt: hier hafteten die Unzurechnungsfähigen im Sinne des Veranlassungsprinzips für den physisch kausierten Schaden, und eine solche physische Kausalität liege bei jeder durch menschliche Körperbewegung veranlaßten Veränderung in der Außenwelt vor, auch wenn sie nicht willkürlich sei. Es komme somit nicht darauf an, ob der Unzurechnungsfähige die Tat wollte; er hafte nach Maßgabe des § 1310 auch für seine „unwillkürlichen Handlungen", wegen deren der Zu-

8. Vgl. dazu Heinsheimer a. a. O. S. 240 und M. Rümelin S. 57 ff. Solange die condicio als Ursache erachtet wird, ist eine solche Haftung undenkbar. Es müßte vor deren Statuierung also der Streit der Kausalitätstheorien zugunsten derjenigen von der adäquaten Verursachung entschieden werden. Auch diese Theorie ist in sich noch nicht völlig geklärt (vgl. Rümelin S. 62/63).

9. In diesem Sinne Rümelin a. a. O. Er fürchtet von einer derartigen Haftung ferner den Quietismus und das „Kammachertum". Nicht in allen Menschen sei der Tätigkeitsdrang von Bindingscher Stärke, so daß keine dräuende Ersatzpflicht ihn zurückhalten könne. (Vgl. S. 59 Anm. 2 a. a. O.)

10. Die Fragestellung: „Soll die Folgen unverschuldeter Beschädigung der Beschädigte oder der Beschädiger tragen?" (so auch wieder Adler a. a. O. S. 14) ist verfehlt. Vielmehr ist davon auszugehen, daß der Schaden den Beschädigten betroffen hat; und die Frage ist die, ob er ein Recht hat, den Schaden auf einen andern abzuwälzen (in diesem Sinne Planck, a. a. O. S. 390).

11. In dem Gutachten S. 57 Anm. 170.

rechnungsfähige allerdings gemäß § 1306 allg. BGB. stets haftfrei sei. An und für sich besäße zwar auch der Unzurechnungsfähige einen Willen, wenngleich einen umnachteten bzw. unentwickelten; dieser Wille brauche aber gar nicht in Aktion zu treten, um die Haftung des § 1310 auszulösen. Der wegen Geisteskrankheit Unzurechnungsfähige hafte für den im Nachtwandel oder in einem epileptischen Anfall angerichteten Schaden ebenso, wie er für seine (mit einem pathologischen Willen) gewollten Handlungen hafte[12]. Ebenso hafte der Geistesgesunde nach § 1310, wenn er durch eine im Schrecken hervorgerufene Reflexbewegung oder durch eine von jedem Willen unabhängige Betätigung im Zustande festen Schlafes oder unverschuldeter völliger Trunkenheit Schaden anrichtet. Die Ausnahme des § 1310 sei geradezu für diese Fälle „unwillkürlicher Handlungen" aufgestellt.

Die Pfaffsche Lehre ist abzulehnen[13], und zwar ohne Rücksicht darauf, ob man im § 1310 a. BGB. (bzw. § 829 BGB.) das Culpaprinzip oder das Veranlassungsprinzip durchgeführt sieht. Die Lehre basiert nämlich auf einem falschen Verursachungs- und Handlungsbegriff. Auch bei dem sog. Veranlassungsprinzip tritt die Haftung für den Erfolg (Erfolgshaftung) nicht schlechthin bei jeder „Veranlassung", sondern nur bei derjenigen ein, welche als Verursachung (causa) erachtet wird.

Von Verursachen sprechen wir aber nur dann, wenn eine Veränderung in der Außenwelt durch eine menschliche Handlung veranlaßt ist. Somit ist auch bei der Erfolgshaftung des Veranlassungsprinzips das Vorliegen einer Handlung notwendige Voraussetzung für die Auslösung der Haftung.

---

12. S. 58 a. a. O.

13. Gegen sie hat sich auch Unger (Handeln auf eigene Gefahr S. 139 und System Bd. II, S. 232, insbes. Anm. 11) mit dem Hinweis erklärt, daß das moderne Recht nicht die imputatio externa der germanischen Rechte, sondern die imputatio interna hat.

Nun ist nicht jedes menschliche Tätigwerden „Handlung", vielmehr nur ein solches, welches auf dem Willen eines Menschen beruht; nur gewolltes menschliches Tun oder Unterlassen ist „Handlung". Demnach kann von einer Handlung z. B. nicht gesprochen werden, wenn ein sonst Zurechnungsfähiger in der Ohnmacht oder im Zustande festen Schlafes einen Schaden anrichtet[14] oder wenn ein Geisteskranker im epileptischen Anfall oder im Tobsuchtsanfall Schaden anrichtet. Der durch solche Pseudohandlungen, „unwillkürliche Handlungen" im Sinne des a. BGB., herbeigeführte Schaden ist von dem Täter gar nicht „verursacht", weil der Täter nicht „gehandelt" hat.

Den Zusammenhang zwischen Handlungs- und Verursachungsbegriff erkennend und von dem oben gegebenen Handlungsbegriff ausgehend, kommt auch ein Vertreter des Veranlassungsprinzips[15] zu dem richtigen Schluß, daß der Begriff der Verursachung ein auf wenigstens tatsächlichen, wenngleich rechtlich irrelevanten, Willen zurückführbares Handel erfordere[16].

Auf dieser Erkenntnis des Verursachungs- und Handlungsbegriffs beruht auch die einen Spezialfall „intellektueller Urheberschaft" regelnde Vorschrift des § 1307, Satz 2

---

14. Vgl. Merkel a. a. O. S. 155, der die Haftung Unzurechnungsfähiger (gem. § 752, II des Entw. I) als einen Fall bezeichnet, wo ein „menschlicher Wille überhaupt nicht im Spiele ist". Wenn er weiterhin meint, in gleicher Weise könne das Gesetz eine Ersatzpflicht des reichen Hauseigentümers anordnen, von dessen Dach dem vorübergehenden Arbeiter ein Ziegel auf den Kopf fällt, so trifft dieser Vergleich für die „unwillkürlichen Handlungen" Zurechnungsfähiger und Unzurechnungsfähiger zu. Unrichtig ist eben nur seine Voraussetzung, daß alle Handlungen Unzurechnungsfähiger notwendig „unwillkürliche Handlungen" seien.

15. Linckelmann a. a. O. S. 107.

16. Rümelin, Arch.Civ.Prax. Bd. 90, S. 238 sagt, der Haftung begründende Vorgang könne ausschließlich in einem menschlichen „Handeln" als solchem bestehen.

a. BGB. Satz 1 sagt: „Wenn sich . . . jemand aus eigenem Verschulden in einen vorübergehenden Zustand der Sinnenverwirrung versetzt hat, so ist auch der in demselben verursachte Schaden seinem Verschulden zuzuschreiben.“ Und nun Satz 2: „Eben dieses gilt von einem Dritten, welcher diesen Zustand durch sein Verschulden bei dem Beschädiger veranlaßt hat.“ Wenn ich also einen anderen bis zur Sinnlosigkeit betrunken mache, damit er alsdann in gänzlich willenlosem Zustande einen deliktischen Tatbestand erfülle, so habe allein i c h verursacht, nicht er. Denn seine ohne tatsächlichen Willen vorgenommene Tätigkeit ist keine Handlung, ebensowenig wie wenn ich ihn beim Kragen genommen und in eine Fensterscheibe hineingeworfen hätte. Hier verneint selbst Pfaff[17] die Anwendbarkeit des § 1310. Seine Begründung aber, daß hier nicht einmal eine „unwillkürliche Handlung“ vorliege, ist unzutreffend. Es fehlt nur an dem Willen, und darum kann freilich von einer echten Handlung und von Verursachung nicht gesprochen werden, immerhin aber ist eine menschliche Tätigkeit vorhanden, und zwar gerade jene ungewollte, „unwillkürliche“, auf welche nach Pfaff der § 1310 zielt.

Zessiert aber § 1310 im Falle des § 1307, Satz 2, so ist das ein Symptom für die Unanwendbarkeit des § 1310 überhaupt auf „unwillkürliche Handlungen“. Denn ob der verbrecherische Wille eines Menschen oder der blinde Zufall sich des Unzurechnungsfähigen als Werkzeugs bedient, dürfte dasselbe sein: in beiden Fällen ist die „Verursachung“ nicht durch das Werkzeug geschehen[18 19].

---

17. a. a. O. Anm. 175.

18. Vgl. Kohler a. a. O. Bd. II § 180, II, S. 490.

19. Hinzuzufügen ist, daß nicht notwendigerweise in allen Fällen der sog. intellektuellen Urheberschaft — wie in dem Spezialfall des § 1307 Satz 2 — der mittelbare Täter allein der Handelnde und Verursachende sei. Denn von intellektueller Urheberschaft spricht man auch in solchen Fällen, wo der als Werkzeug benutzte

Ergebnis: Keine Haftung des Unzurechnungsfähigen für seine „unwillkürlichen Handlungen[20].

Zusatz: Zu erwähnen ist noch, daß die Haftung der actio libera in causa (§ 1307 a. BGB., § 827, S. 2 BGB.) keine Haftung für unwillkürliche Handlungen involviert. Diese Haftung kann (nach Maßgabe des § 1310 bzw. § 829) auch für den Unzurechnungsfähigen in Betracht kommen, wenn ihm aus einer der „unwillkürlichen" Schädigungshandlung vorausgehenden Handlung ein Vorwurf gemacht werden kann: es wird hier also in Wahrheit nicht wegen der unwillkürlichen, sondern wegen der voraufgehenden „willkürlichen Handlung" gehaftet (darüber unten § 13)[21].

§ 6.

Prinzip der konkreten Billigkeit — richesse oblige — und ähnliche Haftungsprinzipien.

Eine andere Theorie erklärt die Haftung Unzurechnungsfähiger aus Gründen der „konkreten Billigkeit"[1].

Mensch willentlich tätig wird, also auch seinerseits eine „Handlung" in unserm Sinne vorgenommen, folglich wahrhaft „verursacht" hat und nur deswegen nicht als Täter oder Teilnehmer behandelt wird, weil sein Verschulden ausgeschlossen ist: es wird z. B. ein schuldloser Zurechnungsfähiger oder ein zwar willentlich, aber mit rechtlich unqualifiziertem Vorsatz handelnder Unzurechnungsfähiger als Werkzeug benutzt.

20. NB.: auch nicht vom Standpunkt des Veranlassungsprinzips!

21. Wir resumieren abschließend unsere Auffassung über den § 1310 a. BGB. dahin: Kann der Beschädigte vom Aufsichtspflichtigen keinen Ersatz erhalten, so soll die Billigkeit, die aus Schonung unterlassene Verteidigung, berücksichtigt werden; endlich soll der Richter auch prüfen, ob nicht dem Unzurechnungsfähigen eine tatsächliche Culpa zur Last fällt. Für die „unwillkürlichen Handlungen" haftet der Geisteskranke nicht, sondern nur gemäß § 1310 in Verbindung mit § 1307 wegen einer quasi schuldhaften vorhergehenden

Wenn ein reicher Unzurechnungsfähiger einen armen Arbeiter beschädigt hat, so habe der Schädiger Ersatz zu leisten, weil das die Billigkeit im konkreten Falle verlange. Auf seine subjektive Beziehung zur Tat komme es gar nicht an, Verpflichtungsgrund sei sein Reichtum als solcher: richesse oblige[2]!

Diese Theorie hat die historische Entstehung der neueren Bestimmungen über Haftung Unzurechnungsfähiger (im ALR., a. BGB., im Schweizerischen Recht und auch im BGB.)[3] für sich; denn die betreffenden Gesetzgebungskommissionen sind hier allerdings von naturrechtlichen Billigkeitserwägungen ausgegangen, wie eben der, daß die Billigkeit die Schadloshaltung eines armen Teufels erfordere, der durch einen schwerreichen Geisteskranken oder ein ungezogenes Millionärskind zu Schaden gekommen sei[4].

Der Billigkeitsgedanke ist eng verwandt mit dem neben ihm oder für sich allein zur Erklärung der Haftung Unzurechnungsfähiger herangezogenen Gemeinschaftsgedanken[5 6].

---

willkürlichen Handlung (der Epileptiker geht z. B. trotz Voraussicht seines Anfalls ohne die gewohnte Begleitung spazieren).

1. So Hedemann a. a. O. S. 107 ff.; ferner Unger, Handeln auf eigene Gefahr S. 140; Merkel a. a. O. S. 155.

2. Dies das Schlagwort Ungers, welcher (a. a. O. S. 140) ausführt: „Der wahre innere Grund besteht nicht in einem subjektiven ethischen, sondern in einem objektiven sozialen Moment" . . „die ratio für die in Rede stehende Verteilung der Schadenlast liegt in der Rücksicht auf das Verhältnis des beiderseitigen Vermögensstandes . . . es kommt auf die „ökonomische Tragfähigkeit" (Bluntschli, Komm. z. Zürcher. GB. III, S. 648) an." Vollständig an Unger sich anschließend Jungherr a. a. O.

3. Vgl. oben §§ 1—3.

4. Dieses Billigkeitssentiment erklärt wohl auch die durch das Hofkanzleidekret vom 11. Januar 1816 statuierte (Gefährde-) Haftung (nur) des „vermöglichen Eigentümers eines tollgewordenen Hundes".

5. Die beiden Gedanken sind zwar nicht identisch, aber auch nicht voneinander durchaus verschieden, wie Geiser (S. 76) meint;

Derselbe ist dem älteren germanischen Recht entnommen, man spricht hier auch von „objektiver Schadensverteilung“[7].

Danach sollen „bei einer Uebeltat oder Schadenszufügung des einen seine Genossen mitverantwortlich gemacht werden“[8].

Dem Billigkeits- und Gemeinschaftsgedanken ist endlich auch jene Theorie an die Seite zu stellen, welche den Rechtsgrund der Haftung in einer zur Rechtspflicht verdichteten Anstandspflicht sieht[9].

Zu beachten ist, daß all diese Theorien trotz ihrer Anlehnung nicht nur an naturrechtliche, sondern auch an ger-

---

schon deshalb nicht, weil die betreffenden Haftungstheorien meist auf den beiden Gedanken zugleich beruhen. Falsch ist es aber, die Theorie von der ökonomischen Tragfähigkeit (richesse oblige) mit dem Gefährdungsgedanken in Verbindung zu setzen, wie das Geiser tut. Ueber seine Auffassung der Gefährdungstheorien vgl. die mit Recht scharfe Kritik Rümelins (Schadensersatz ohne Verschulden S. 51 Anm. 1).

6. Das Prinzip: Gemeinsames Tragen des Schadens durch die an dem Bestande des Nachteiles Beteiligten findet nach Stammler (Richtiges Recht S. 471) im § 829 BGB. seinen gesetzlichen Ausdruck. — Cosack (Bd. I, S. 698 a. E.) sagt: „So sind beide in eine Gemeinschaft des Unglücks hineingeraten. Als treue Genossen müssen sie nach Maßgabe ihrer Verhältnisse den Schaden unter sich teilen.“ — Vgl. ferner Steinbach a. a. O. S. 78. — Aus dem Gemeinschaftsgedanken folgt wohl auch Schwartz's Postulat einer Pflicht zum Offenbarungseid gem. § 260 BGB. auf Grund einer „Verlustgemeinschaft“ (a. a. O. S. 153 ff., insbes. 156) zwecks Feststellung der beiderseitigen Vermögensverhältnisse.

7. Steinbach a. a. O. 78.

8. Vgl. Mataja a. a. O. S. 50. Für das ältere germanische Recht erkläre sich das einmal damit, daß das Verschulden des Täters ohnehin keine große Rolle gespielt habe; sodann aber lasse die Innigkeit der kleineren sozialen Verbände das gemeinsame Tragen des Schadens nicht nur als nicht anstößig, sondern sogar als eine durch den Anstand gebotene Pflicht erscheinen.

9. Vgl. oben S. 10 (Unger und Pfaff): jetzt noch vertreten bei Stammler, Schuldverhältnisse S. 118.

manische Rechtsgedanken auf jenen primitiven germanischen Rechtsgedanken, daß der Unzurechnungsfähige wegen der rein physischen Kausalität hafte (Veranlassungsprinzip), nicht Bezug nehmen[10].

Ein allgemeines Billigkeitsprinzip im Schadensersatzrecht kann de lege lata nicht anerkannt werden und dürfte aus einer singulären Bestimmung wie der des § 829 BGB. selbst dann nicht hergeleitet werden, wenn dieselbe in der Tat nicht aus einem allgemeingültigen Haftungsprinzip (Culpaprinzip), sondern nur aus einer naturrechtlichen Billigkeitserwägung erklärt werden könnte. Unbewußt sprechen denn auch die Vertreter des Billigkeitsprinzips nicht de lege lata, sondern de lege ferenda, wenn nicht gar — wie man Hedemanns Begründung aus § 752, I des zweiten Entwurfs gegenüber zu sagen versucht ist — „de lege reprobata".

Hedemanns Beispiele zum Beweise des Prinzips der „konkreten Billigkeit" sind mit Ausnahme des § 829 BGB. ausländischen Rechten entnommen. Auch für diese sind sie nicht überzeugend: so weist er auf den Art. 1059, Entw. II. zum Schweizerischen Obligationenrecht hin, der als Abs. II des Art. 44 nunmehr Gesetz geworden ist. Diese Bestimmung[11] gibt aber lediglich einem an und für sich bereits Verpflichteten das beneficium competentiae. Es ist also der Bestand der Ersatzpflicht von der „konkreten Billigkeit" nicht abhängig. Es wird nur eine an und für sich (durch culpa

---

10. Vgl. oben S. 13 Anm. 27, darum bezeichnete Unger, bevor er in § 1310 a. BGB. das Prinzip des Reichtums als Verpflichtungsgrundes für durchgeführt erachtete, diese Bestimmung als eine „Ausnahme, welche wie eine Ruine des älteren germanischen Rechtssystems in den modernen Rechtsbau in fremdartiger Weise herüberragt". (Vgl. System Bd. II, S. 233, auch Anm. 16; ferner Handeln auf eigene Gefahr S. 138)

11. „Würde ein Ersatzpflichtiger, der den Schaden weder absichtlich noch grob fahrlässig verursacht, durch Leistung des Ersatzes in eine Notlage versetzt, so kann der Richter auch aus diesem Grunde die Ersatzpflicht ermäßigen."

levis) begründete Haftung für einschränkbar erklärt, und auch das nicht nach allgemeinem Billigkeitsermessen, sondern nur zur Vermeidung einer Notlage des Schuldners. Mit demselben Recht könnte man auch die Unterhaltsansprüche als Billigkeitsansprüche erachten.

Die weiterhin von Hedemann angeführte Haftung des vermöglichen Eigentümers eines tollgewordenen Hundes[12] läßt sich als Gefährdungshaftung erklären, welche durch die Voraussetzung einer gewissen Vermögenslage modifiziert, aber nicht begründet ist; ähnlich wie die Gefährdungshaftung nach § 833 BGB. durch die Anlehnung an die Verschuldenshaftung (Eröffnung des Exkulpationsbeweises) für bestimmte Fälle[13] modifiziert worden ist.

Wir verneinen mithin de lege lata die Gültigkeit eines allgemeinen Prinzips des Reichtums als Verpflichtungsgrundes und können es auch de lege ferenda nicht empfehlen.

Bisher haben die Fürsprecher eines allgemeinen Billigkeitsprinzips unter willkürlicher Auswahl krasser Beispiele ihr Postulat gestellt. Sie haben die Billigkeitsgründe unbestimmt gelassen und sind dadurch „in die angenehme Lage versetzt, jede mißliebig erscheinende Konsequenz ablehnen zu können“[14].

Wenn das Prinzip allgemeiner Billigkeitshaftung folgerichtig durchgeführt würde, so müßte insbesondere die Abstellung auf menschliches Handeln gestrichen werden; das Gesetz müßte z. B. — wie Merkel[15] das allerdings für möglich hält — anordnen, „daß, wenn ein Ziegel vom Hause eines Millionärs bei einem Wirbelsturm einem vorübergehenden Armen auf den Kopf geschleudert wird, letzterer von ersterem schadlos zu halten sei“. Das werden aber auch die Vertreter

12. Vgl. oben S. 48 Anm. 4.
13. Nach Maßgabe der Novelle Treuenfels § 833 Satz 2
14. So Rümelin a a. O. S. 64/65 und S. 56 Anm. 4.
15. a a. O. S. 155.

des Billigkeitsprinzips nicht alle wollen. Unger[16] z. B. erklärt sich ausdrücklich gegen diese Konsequenz mit der Begründung, daß dieser Fall anders liege als der der Schädigung durch einen Unzurechnungsfähigen, weil bei letzterer wenigstens eine sog. imputabilitas externa (Zurechenbarkeit zur Tat) vorliegt. Damit läßt er aber erkennen, daß ihm nicht der Reichtum als solcher ein hinreichender Verpflichtungsgrund ist[17].

---

16. a a. O. S. 140/41 Anm. 18.

17. Merkels Theorie erscheint mithin konsequenter als Ungers Letzterem ist aber gegen Merkel darin beizustimmen, daß man auch bei Unzurechnungsfähigen von einer Zurechnung zur Tat sprechen kann. Darin liegt kein Mißbrauch des Wortes „Zurechnung"; denn „Zurechnen" bedeutet ursprünglich nur „das Urteil aussprechen", daß eine Veränderung in der Außenwelt durch die gewollte Körperbewegung eines bestimmten Menschen hervorgerufen worden ist, daß dessen (echte, willentliche) Handlung die Veränderung verursacht hat. Dabei kommt es — wie oben S. 44 ff. ausgeführt wurde — auf die rechtliche Qualifikation dieses Willens nicht an; nur über sein tatsächliches Vorhandensein, weder über seine normale Determination, noch über seine zu mißbilligende Fehlerhaftigkeit wird bei dieser Beurteilung entschieden. (Vgl. hierzu auch Träger, Wille, Determinismus, Strafe S. 174; auch Rümelin, Schadenszurechnung S. 68, „daß einem Unzurechnungsfähigen zugerechnet werden soll, klingt nur deshalb paradox, weil das Wort Zurechnung in dem Wort „unzurechnungsfähig" in einer speziellen Bedeutung, nämlich im Sinne von Zurechnung zur Schuld gebraucht ist".)

Gegenüber dem unrichtigen Referate Geisers (a. a. O. S. 69) sei endlich noch darauf hingewiesen, daß Merkel die Haftung Unzurechnungsfähiger nicht aus dem von ihm aufgestellten Prinzip des „aktiven Interesses" erklärt. Voraussetzung seiner Interessenhaftung ist die Zurückführbarkeit der schädigenden Handlung auf eine Willensbetätigung, die er dem Unzurechnungsfähigen im ganzen Umfange abspricht. Er sagt deutlich (a. a. O. S. 155), daß „in Fällen dieser letzteren Art . . . der Gesetzgeber zur Aufstellung einer Ersatzpflicht lediglich aus sozialen Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsrücksichten gelangen könne . . . in welcher ausschließlich der wirtschaftliche Gesichtspunkt „der ökonomischen Tragfähigkeit" zum Ausdruck komme."

Es würde auch die Erhebung des Reichtums zum Schuldgrunde die Vermögensunterschiede in einer dem Recht unangemessenen Weise betonen und dürfte allein als Begünstigung des sozial Schwächeren nicht zu rechtfertigen sein; sie müßte - wie Bergbohm[18] bemerkt — selbst in einem sozialistischen Gesetzbuch als stärkste Inkonsequenz erscheinen, weil gerade dort von der Verwerflichkeit der verschiedenen Vermögenslagen ausgegangen werden würde.

Mag der sozial gefärbte Billigkeitsgedanke zur Modifikation eines wirklich juristischen Haftungsprinzips wohl geeignet sein; ein solches zu ersetzen, ist er nicht in der Lage[19 20].

§ 7.

Prinzip des aktiven Interesses und der Gefährdung.

Sjögren[1] übernimmt den Merkelschen Gedanken des allgemein gewürdigten „aktiven Interesses", überträgt ihn auf die Fälle der Unzurechnungsfähigkeit und variiert ihn folgendermaßen nach der Seite des Gefährdungshaftungsprinzips: im eigenen Interesse des Unzurechnungsfähigen liege es, daß ihm völlige Bewegungsfreiheit eingeräumt werde. Wenn der Gesetzgeber diesem Interesse entspreche, trotzdem er sich bewußt ist, daß die konkurrierenden Interessen der

---

18 a. a. O. S. 388/89 Anm. 11.

19. Gegen die Billigkeit als Haftungsgrund sehr entschieden Rümelin, Schadensersatz ohne Verschulden S. 69/70 und S. 54 Anm. 1.

20. Vgl. dazu Adler a. a. O. S. 15, welcher meint, andernfalls würde das Privatrecht zum heiligen Wolf des Islam,

„dem Mohamed befohlen,
Laß dieses Schaf dem armen Mann;
dem Reichen darfst du's holen."

1. a. a. O. S. 418.

übrigen Rechtsgenossen dadurch gefährdet werden, so geschehe das in der Voraussetzung, daß der Unzurechnungsfähige, welcher das überwiegende Interesse an seiner Bewegungsfreiheit trage, für die Kosten dieser Bewegungsfreifreiheit einsteht. Das Interesse der Mitmenschen könne verlangen, daß Geisteskranke in Fesseln gelegt, Kinder in strenger Klausur gehalten würden[2]. Belasse man nun aus Humanitätsgründen diesen Personen ihre Bewegungsfreiheit, so sei dieselbe für sie ein besonderer Vorteil, welchen der Gesetzgeber, ihrem besonderen Interesse entgegenkommend, gewähre[3]. Deshalb sei nunmehr „von dem Gesichtspunkte der Finalität einer Wirksamkeit" die bloße Tatsache, daß der Unzurechnungsfähige in seinem Interesse eine Kausalität zunächst physischer Natur gesetzt hat, ein ausreichender Grund, ihn für den dabei entstandenen Schaden haftbar zu machen.

Bei einer vorübergehenden Sinnenverwirrung sowie bei plötzlich auftretender Tobsucht kann nach dieser Theorie eine Haftung nicht Platz greifen, weil bisher ein im besonderen Interesse der Bewegungsfreiheit des Täters zu duldender Gefährdungszustand nicht vorhanden war. Darin vermag ich jedoch einen Nachteil der Konstruktion nicht zu erblicken[4].

Den Gefährdungsgedanken vertritt auch Müller-Erzbach[5] und in seltsamer Abwandlung Geiser[6], welcher die

---

2. Diesen ungesunden Ausgangspunkt tadelt Rümelin (Schadenszurechnung S. 67 und Schadensersatz ohne Verschulden S. 51).

3. Aehnlich wie bei den gefährdenden Unternehmungen des Haftpflichtgesetzes usw.

4. Weil nach dem S. 44 ff. Ausgeführten der Unzurechnungsfähige den Schaden hier gar nicht „verursacht" hat. Billigend Müller-Erzbach a. a. O. S. 395; a. M. Rümelin, Schadenszurechnung S. 67 und Schadensersatz ohne Verschulden S. 52.

5. a. a. O.

6. a. a. O. S. 68 und S. 82.

Haftung Geisteskranker ohne weitere Ausführungen aus deren Gefährlichkeit begründet und in der Haftung nur ein Plus gegenüber den Präventionsmaßregeln sieht, deren häufigere Anwendung die Haftfälle reduzieren würde.

Die Rechtfertigung der Haftung aus dem Prinzip des aktiven Interesses in Verbindung mit dem Gefährdungsgedanken ist nicht überzeugend. Die Rechtsähnlichkeit mit den anderen Fällen der Gefährdungshaftung (Unternehmer-, Tierhalterhaftung) ist zu verneinen; denn die Belassung einer gewissen Bewegungsfreiheit, jenes „Nichteinsperren" der Kinder und der nicht gemeingefährlichen Geisteskranken kann als ein besonderer Vorteil dieser Personen nicht erachtet werden. Sie ist vielmehr ein Ausfluß des subjektiven Rechts auf persönliche Freiheit; dieses wiederum ist eine bloße Erscheinungsform der auch den unentwickelten und kranken Menschen belassenen Rechtssubjektivität.

Als Korrelat der aus der Rechtssubjektivität fließenden uneingeschränkten Betätigungsfreiheit muß nun allerdings eine Schadenshaftung gegeben sein. Dieselbe kann aber nicht davon ausgehen, daß die allgemeine Freiheit — jenes Essentiale der Rechtssubjektivität — bei einer bestimmten Kategorie von Rechtssubjekten ein besonderer Vorteil sei; sie muß vielmehr auf Grund des Korrelationsprinzips (oben § 4) auch für die Haftung dieser bestimmten Rechtssubjekte (der Unzurechnungsfähigen) an das für die übrigen Rechtssubjekte (die Zurechnungsfähigen) allgemein geltende Schadenshaftungsprinzip anzuknüpfen suchen. Die Aufstellung besonderer Haftungsprinzipien (richesse oblige, Gefährdungsgedanke) ist sowohl für die Rechtfertigung neu zu schaffender Haftungsvorschriften, als für die Erklärung bestehender ein Bequemlichkeitsausweg, welcher die Schwierigkeiten der Umbildung der allgemein anerkannten Haftungsprinzipien für den besonderen Fall ersparen soll. Methodisch richtiger (und de lege ferenda praktisch aussichtsvoller) ist die erweiternde Fortentwicklung der im Gesetz anerkannten Haftungsprin-

zipien. In dieser Erkenntnis[7] suchen deshalb mehrere Schriftsteller die „Anknüpfung“ an die Culpahaftung, indem sie die Haftung Unzurechnungsfähiger aus dem Prinzip des Einstehenmüssens für die Aeußerungen einer abnormen Individualität erklären[8].

§ 8.

Prinzip der Haftung für Aeußerungen der abnormen Individualität.

Strohal[1] hat zur Erklärung der Deliktshaftung Unzurechnungsfähiger den Satz aufgestellt: „Es ist ein Grundgesetz des menschlichen Daseins, daß jeder das Individuum ist, das er ist, und eine Grundbedingung des menschlichen Zusammenlebens, daß jeder für das einstehen muß, was Ausfluß seiner Individualität ist.“ Kein Schadenstifter darf sich auf seinen Leichtsinn, seine Unerfahrenheit oder seinen Mangel an Voraussicht berufen. Warum solle es also gestattet sein, daß jemand durch Berufung auf die anomale Beschaffenheit seiner Psyche sich Haftfreiheit erwirke? Geisteskrankheit entschuldige ebensowenig wie Dummheit! Die Unzurechnungsfähigkeit ist in der individuellen Anlage des Täters begründet, und für deren Abweichung vom Normaltypus müsse der Täter einstehen.

---

7. Gegen die besonderen Haftungsprinzipien Stammler, Schuldverh. S. 116; Wollmann a. a. O. S. 11; Rümelin, Schadensersatz ohne Verschulden S. 74 (gegen die Aufstellung „alleinseligmachender Prinzipien“). Bezeichnend Enneccerus Bd. I, 6 8 § 199 Anm. 7. „Die Haftung aus § 829 . . . läßt sich keiner der fünf Kategorien (sc. „schuldloser zum Schadensersatz verpflichtender Handlungen“) einfügen.“

8. In dieser Schrift soll indes die Haftung unmittelbar aus dem Culpaprinzip erklärt werden s. u. §§ 9—12.

1. a. a. O. S. 149.

M. Rümelin[2] hat diese Zurechnung zur abnormen Individualität übernommen und die darin liegende Anknüpfung an die Culpahaftung selbst zugegeben[3]. Freilich betont er einseitig die „objektive Normierung, die der Schuldbegriff enthält“[4], das — „von der Unzurechnungsfähigkeit abgesehen — vorwerfbare Verhalten des verkehrsuntüchtigen Gegners“.

Höchster[5] übernimmt die Strohalsche Formel, knüpft also auch an das Culpaprinzip an[6].

---

2. Schadenszurechnung S. 68 ff.; Schadensersatz ohne Verschulden S. 52 ff.

3. Schadensersatz ohne Verschulden S. 52 ff. — von Geiser (S. 71) wird Rümelins Ansicht als Gefährdungstheorie behandelt! Wahrscheinlich deshalb, weil Rümelin die gefährdete Lage des verkehrstüchtigen Gegners zur Erwägung stellt (Schadenszurechnung S. 69).

4. a. a. O. Im Gegensatz zu unserer unten darzulegenden Auffassung (§§ 9—12) will er die subjektive Beziehung unbeachtet lassen und (Anm. 2 a. a. O.) „nicht . . . untersuchen, ob etwa trotz der Unzurechnungsfähigkeit noch eine Art Schuld vorhanden gewesen sei. . . .“ Ferner (Schadenszurechnung S. 70) „ob man . . . die trotz Unzurechnungsfähigkeit allenfalls noch vorhandene doli capacitas ins Gewicht fallen lassen soll, ist höchst zweifelhaft. . . .“, erscheint ihm aber doch immerhin begrifflich nicht unmöglich!

5. a. a. O. S. 430 ff.

6. Eine unmittelbare Anwendung des Culpaprinzips in dem unten (§§ 9—12) entwickelten Sinne will Höchster jedoch auf unsern Fall nicht gestatten. Es gebe zwar einen rein tatsächlichen, das Merkmal der Zurechnungsfähigkeit nicht enthaltenden Verschuldensbegriff, derselbe liege aber unter dem juristischen Schwellenwerte. Das ergebe sich einmal aus der Nichterwähnung des § 829 im § 276 BGB. — Hiergegen erwidern wir, daß der Begriff des untechnischen Verschuldens nicht notwendig für das gesamte Geltungsgebiet des § 276 BGB. zu postulieren ist, um für das Spezialgebiet des Rechts der unerlaubten Handlungen Gültigkeit zu haben. Denn der (allerdings technische) Verschuldensbegriff des § 276 ist für den Vorsatz- und Fahrlässigkeitsbegriff des § 823 nur scheinbar zugrunde gelegt. In Wahrheit ist der Verschuldensbegriff des Deliktrechts erst aus einer Zusammenfassung der in den §§ 823

Dem Culpaprinzip hat sich auch Cosack genähert, welcher lehrt, daß das Merkmal der Schuld nicht ganz gestrichen, sondern nur soweit umgewandelt sei, daß es auch auf unzurechnungsfähige Personen paßt[7].

Die Theorie (des Verfassers), welche den § 829 aus dem Prinzip der Culpahaftung erklärt.

§ 9.

Das Verhältnis des § 829 zu den ihm vorhergehenden Bestimmungen.

(§§ 823 bis 826; §§ 827 und 828 BGB.)

Vergegenwärtigen wir uns zunächst die in der dogmatischen Einleitung (§ 4) gewonnenen Leitsätze: Die Unzurechnungsfähigen sind von unserm Recht als Rechtssubjekte anerkannt. Nach dem Grundsatz der Korrelation von Recht und Pflicht müßten sie an und für sich gleichermaßen wie Zurechnungsfähige haften, d. h. den durch bestimmte rechtswidrige Handlungen entstandenen Schaden dann ersetzen,

---

und 829 vorkommenden Culpaformen zu gewinnen. Wir verweisen im übrigen auf die folgenden Paragraphen unserer Darstellung. — Weiterhin wendet Höchster gegen der Quasiverschuldensbegriff unter Berufung auf die reichsgerichtliche Judikatur ein, daß das untechnische Mitverschulden des geschädigten Unzurechnungsfähigen nicht nach § 254 in Verbindung mit § 829 zu berücksichtigen sei, weil auch für das „Verschulden gegen sich selbst" im Sinne des § 254 der den § 829 ausschließende § 276 maßgebend sei. Hiergegen verweisen wir auf unsere Ausführungen im § 18.

7. a. a. O. S. 698. In der vierten Auflage fehlte diese Bemerkung und die Haftung war als „keine deliktsmäßige" (S. 620) bezeichnet. Der betreffende § 166 war „Nicht deliktische Schadensersatzpflicht kraft Gesetzes" überschrieben; jetzt heißt er „Deliktähnliche Schuldverhältnisse".

wenn sie ein Verschulden trifft. Das Gesetz hebt aber ihre Verantwortlichkeit in den §§ 827/828 BGB. auf, weil die Willensfehler dieser Rechtssubjekte kein Verschulden im technischen Sinne darstellen, und durchbricht damit das Korrelationsprinzip.

Sodann wird die entfallene Haftung, welche Culpahaftung ist, für einen Spezialfall im § 829 restituiert. Wir halten deshalb auch diese Haftung des § 829 für Culpahaftung, und werden darzulegen haben, welches die Erscheinungsformen dieses Verschuldens Unzurechnungsfähiger sind, welche rechtliche Struktur der Quasi-Vorsatz und die Quasi-Fahrlässigkeit aufweisen. Vorerst haben wir die Stellung des § 829 im System des Rechts der unerlaubten Handlungen zu prüfen. Dies geschieht durch eine Zusammenstellung dieser Bestimmung mit den ihr vorhergehenden. Es wird sich daraus mit Notwendigkeit die Hinübernahme der Tatbestandsmerkmale des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit in den § 829 ergeben. Der Verschuldensbegriff wird somit durch die Einbeziehung von Verschuldensfällen, welche das Merkmal der Zurechnungsfähigkeit nicht enthalten, eine Erweiterung erfahren oder — richtiger ausgedrückt — es wird der ursprüngliche, das Merkmal der Zurechnungsfähigkeit nicht enthaltende Verschuldensbegriff in die Erscheinung treten, welcher sonst im Gesetz von einem durch technische Formung eingeengten Verschuldensbegriff verdrängt ist.

1. § 829 BGB. bestimmt:

„Wer in einem der in den §§ 823—826 bezeichneten Fälle für einen von ihm verursachten Schaden auf Grund der §§ 827/828 nicht verantwortlich ist, hat gleichwohl, sofern der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann, den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, eine Schadloshaltung erfordert und ihm nicht die Mittel entzogen wer-

den, deren er zum standesmäßigen Unterhalt sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten bedarf."

2. Wir referieren nun kurz „die in den §§ 823—826 bezeichneten Fälle":

a) § 823, I statuiert eine Schadensersatzpflicht desjenigen, der „vorsätzlich oder fahrlässig", also schuldhaft, subjektive Rechte eines anderen widerrechtlich verletzt.

b) § 823, II begründet eine Schadensersatzpflicht wegen Verletzung eines den Schutz eines anderen bezweckenden Gesetzes. „Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein." Hier ist ausdrücklich auf die schuldhafte Uebertretung des Schutzgesetzes abgestellt.

c) § 824 statuiert die Haftung wegen mindestens fahrlässiger, also schuldhafter Kreditgefährdung.

d) § 825 begründet die Schadensersatzpflicht desjenigen, der eine Frauensperson durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses — also in besonders schuldhaften Formen — zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt.

e) § 826 begründet die Schadensersatzpflicht wegen sittenwidriger vorsätzlicher — also schuldhafter — Schadenszufügung.

3. In den bezeichneten Fällen sind folgende Personen „auf Grund der §§ 827/28 nicht verantwortlich", weil ihnen ihr Tun oder Unterlassen zum Verschulden im technischen Sinne nicht zugerechnet werden kann. Mangels dieser Zurechenbarkeit zur Schuld[1] bezeichnet man sie als zurechnungsunfähig oder, wie man gewöhnlich sagt, unzurechnungsfähig. Es sind das:

---

1. Es gibt auch eine andere Art der Zurechnung, vgl. oben S. 52 Anm. 17.

a) § 828, I: Kinder unter sieben Jahren.

b) § 828, II: Jugendliche – das sind Personen zwischen sieben und achtzehn Jahren – sowie Taubstumme, denen die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht[2] fehlt.

c) § 827, Satz 1: Personen, die sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinden.

d) § 827, Satz 2 a. E.: Personen, die in einen vorübergehenden Zustand[3] dieser Art ohne Verschulden geraten sind.

e) § 827, Satz 1 a. E.: Bewußtlose.

Hier ist zu bemerken, daß das Gesetz nicht solche Personen bezeichnen will, die sich in einem jegliches Bewußtsein ausschließenden Zustande befinden; also etwa von tiefer Ohnmacht oder festem Schlaf befallen sind. Nicht eine solche, selbst die unfreie Willensbestimmung ausschließende Bewußtlosigkeit ist gemeint, sondern nur eine Bewußtlosigkeit, bei welcher eine Willensbestimmung zwar stattfindet, aber nicht mehr frei bestimmt ist[4].

Der Vergleich des § 827 BGB. mit seinem Vorbild, dem § 51 StGB. ergibt mit Deutlichkeit, daß in der bürgerlichrechtlichen Bestimmung ein Redaktionsfehler vorliegt.

§ 51 StGB. lautet: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Täter zur Zeit der Begehung der Handlung sich in einem Zustande von Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit befand, durch

---

2. Das „Discernement" des französischen Rechts.

3. Ueber die Verwerfung des Unterschiedes zwischen dauernder und vorübergehender Geistesstörung im Schweiz.Civ.GB. vgl. Rabel a. a. O. S. 158/159, vgl. dort auch S. 160 ff. über Geisteskrankheit und Geistesschwäche.

4. Die Streitfrage der Kriminalisten: Determinismus oder Indeterminismus? — kann hier nicht erörtert werden. Wem die obige Wendung „frei bestimmt" anstößig ist, mag stattdessen „normal bestimmt" lesen.

welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war."

§ 827 BGB. — offenbar in der Tendenz, den Wortlaut abzukürzen[5] — sagt: „Wer im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit einem andern Schaden zufügt, ist für den Schaden nicht verantwortlich."

Der Redaktionsfehler, von v. Liszt[6] auf die Flüchtigkeit zurückgeführt, mit der man die zivilrechtliche Bestimmung durchgesehen hat, liegt also darin, daß man den einschränkenden Zusatz, „durch welchen die freie Willensbestimmung ausgeschlossen war", nur an den Fall der Geistesstörung anknüpfte, während er im Strafgesetzbuch auch durch den Wortlaut unmißverständlich sowohl auf den Fall der Geistesstörung als auf den vorangehenden der Bewußtlosigkeit bezogen erscheint.

Eine Wortinterpretation des § 827, dahingehend, daß die Bestimmung sich auch auf Tatbestände völliger Bewußtlosigkeit beziehe[7], widerspricht aber nicht nur der Entstehungsgeschichte (Anlehnung an StGB.), sondern auch dem System des Schadensersatzrechts, und zwar aus den oben (S. 44 ff.) genannten Gründen, wonach der Handlungs- und Verursachungsbegriff einen menschlichen Willen voraussetzt, mag dieser nun in seiner Bestimmung unbeschränkt oder durch pathologische Umstände beschränkt sein. Eine echte „Handlung" wird aber in den §§ 827/828 vorausgesetzt[8].

---

5. Wegen des hier anders als im StGB. noch hinterdreinfolgenden Schlußsatzes: „einem andern Schaden zufugt . . . usw."

6. Deliktsobligationen S. 46/48.

7. So in der Tat Mittweg a. a. O. S. 27.

8. Ebenso Traeger, Wille, Det. Strafe S. 188: Bewußtlosigkeit sei nicht der Mangel jeglichen Bewußtseins, weil die in solchem Zustande vorkommenden Körperbewegungen nicht Handlungen — d. h. auf bewußten Willen zurückführbare Körperbewegungen seien.

Wer vom Schlage getroffen in eine Scheibe fällt, wer ohnmächtig oder in tiefem Schlafe Gegenstände zertrümmert, der ist nicht auf Grund des § 827 von der Verantwortlichkeit für eine „unerlaubte Handlung" entbunden; vielmehr kommt eine Schadensersatzpflicht für ihn überhaupt nicht in Frage, weil er gar nicht eine echte — und zwar unerlaubte — „Handlung" begangen hat. Das Strafgesetzbuch spricht im § 51 deutlich von der nicht vorhandenen „strafbaren Handlung" und sagt damit einmal (positiv), daß eine „Handlung" vorliegen muß, und (negativ) daß dieselbe nicht strafbar sein soll. Entsprechend kann auch § 827 BGB. nicht solche Pseudotäter von der Verantwortlichkeit befreien, die überhaupt keine echte willentliche Handlung vorgenommen haben — wie die völlig Bewußtlosen —, sondern nur solche „Bewußtlosen", die zwar (willentlich) „gehandelt" haben, deren Willensbestimmung aber durch ihren pathologischen Zustand unfrei war.

Wenn aber die völlig Bewußtlosen nicht unter § 827 fallen, so kommt für sie auch § 829 — welcher nur die gemäß § 827 Befreiten betrifft — überhaupt nicht in Frage, und der von dieser Seite gegen das Culpaprinzip als Grundlage des § 829 unternommene Angriff[9] ist ohne Wirksamkeit.

Nachdem wir die Tatbestände der §§ 823—826 referiert und sodann besprochen haben, welchen Personen der Ausschluß der Verantwortlichkeit gemäß §§ 827/828 zugute kommt, können wir nunmehr an die Interpretation des § 829

9. Dittenberger (a. a. O. S. 82) und Höchster (a. a. O. S. 433) meinen, das Culpaprinzip des § 829 mit der Argumentation widerlegen zu können, daß bei dessen Richtigkeit § 829 auf die Bewußtlosen des § 827 niemals Anwendung finden könne. Nach den Ausführungen im Text ist die „Bewußtlosigkeit" der in § 827/28 genannten Personen keine völlige, sondern eine solche, bei welcher ein Wille zwar vorhanden, und nur unfrei bestimmt ist. Ein solch abnormer Wille kann aber sehr wohl als Grundlage einer Quasiculpa dienen und somit vom Standpunkt des Culpaprinzips die Haftung des § 829 auslösen.

aus dem Zusammenhange mit seinen Nachbarbestimmungen herantreten. Zweckmäßigerweise müssen wir dabei die Verweisung des § 829 auf die §§ 823—826, §§ 827 828 durch Hinübernahme der dortigen Tatbestandsmerkmale in den § 829 ausfüllen.

Für den Fall der mutwilligen Körperverletzung seitens eines sechsjährigen Knabens z. B. würde der also ausgefüllte § 829 folgendermaßen lauten:

Wer vorsätzlich den Körper eines anderen widerrechtlich verletzt, aber für einen Schaden, den er einem anderen zufügt, nicht verantwortlich ist, weil er nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat, hat gleichwohl, sofern der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann, den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, eine Schadloshaltung erfordert und ihm nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesmäßigen Unterhalt sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten bedarf.

Aehnliche Beispiele lassen sich beliebig für andere vorsätzliche oder fahrlässige unerlaubte Handlungen der §§ 823 bis 826 bilden, wenn Kinder, Geisteskranke oder ihnen gleichgestellte Personen Täter sind. Der also ausgefüllte § 829 besagt somit: Wer mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit eine der in den §§ 823—826 bezeichneten Handlungen begeht, aber haftfrei bleibt, weil dieser Vorsatz und diese Fahrlässigkeit keine Formen des technischen Verschuldens sind, soll den Schaden unter Umständen gleichwohl ersetzen.

Wenn man nun a priori bestreitet, daß ein Unzurechnungsfähiger culpos handeln könne, so muß man notgedrungen die geschilderte „Ausfüllung“ des § 829 mit der argen Willkür vornehmen, daß man die subjektiven Tatbestandsmerkmale (das „vorsätzlich oder fahrlässig“) der §§ 823—826 von der Hinübernahme in den § 829 ausschließt.

Will man sich dazu nicht verstehen, so wird man die Erweiterung des Verschuldensbegriffs in den §§ 823 ff. für den Spezialfall des § 829 in dem Sinne zugeben müssen, daß hier eine untechnische Culpa anerkannt ist. Wollte man nämlich das „vorsätzlich oder fahrlässig" des § 823 auch für die Einsetzung in den § 829 als Form technischen Verschuldens fassen, so käme man zu einem unlöslichen Widerspruch zwischen den §§ 823 u. 829 und §§ 827/828; müßte man doch dann sagen, hier sei die Haftung eines solchen Täters statuiert, der des technischen Vorsatzes unfähig (und deshalb unverantwortlich) ist, wenn er — mit technischem Vorsatz handelt: vorsätzliches Handeln eines Vorsatzunfähigen!

Diese Absurdität wird vermieden, wenn man anerkennt, daß im § 829 Vorsatz- und Fahrlässigkeitsbegriff des herübergenommenen § 823 untechnisch sind, daß § 829 besagen will: „Wer mit (reintatsächlichem) Vorsatz das Eigentum eines anderen verletzt, soll, obgleich er mangels eines (technischen) Vorsatzes unverantwortlich ist, den Schaden unter Umständen gleichwohl ersetzen." Hieraus ersehen wir, daß der technische Verschuldensbegriff des § 276 für die in den §§ 823—826 benannten Verschuldensformen[10] nicht schlechthin gültig ist, daß letztere vielmehr im Fall ihrer Einsetzung in den § 829 sich eine Erweiterung gefallen lassen müssen.

§ 10.

Die Bedeutung des Merkmals der Zurechnungsfähigkeit für den Verschuldensbegriff. — Das untechnische (Quasi-) Verschulden Unzurechnungsfähiger.

Erkannten wir bisher aus dem richtig verstandenen Wort-

10. Die „unerlaubten Handlungen" der §§ 823/26 enthalten,

laut der §§ 823—826, §§ 827—829 die Notwendigkeit eines das Merkmal der Zurechnungsfähigkeit nicht enthaltenden Verschuldensbegriffes, so müssen wir nunmehr allgemein die begriffliche Möglichkeit eines solchen untechnischen Verschuldens[1] prüfen. Alsdann werden die Erscheinungsformen dieses untechnischen Verschuldens — Quasivorsatz und Quasifahrlässigkeit — aufzuzeigen sein.

Unsere Frage geht also dahin: ist die Ausscheidung des Merkmals der Zurechnungsfähigkeit aus einem Verschuldensbegriff zulässig, oder ist sie verboten, weil ein Verschuldensbegriff ohne dieses Merkmal ein Nonsens wäre?

Zur Beantwortung dieser Frage müssen wir uns vorerst die Struktur des gewöhnlichen (technischen) Verschuldensbegriffes deutlich machen[2].

Wir können das Verschulden mit Frank[3] bestimmen als den „Inbegriff der Umstände, zufolge deren ein rechtswidriges Verhalten ein vorwerfbares wird".

Eine Haftung wegen Verschulden liegt also in all jenen Fällen vor, wo zu dem objektiv rechtswidrigen Verhalten ein Unwerturteil über die subjektive Beziehung des Täters zur Tat hinzutreten muß, um die Reaktion des Rechts auszulösen, sei es die des staatlichen Strafanspruchs, sei es die des zivilistischen Schadensersatzanspruchs[4]. Es muß hier neben dem objektiven Tatbestand (der kausalen rechtswidrigen Handlung) ein subjektiver erfüllt sein.

---

wie unsere Uebersicht (S. 60) ergab, sämtlich das Schuldmoment. Bezeichnend in dieser Beziehung § 823, II, 2.

1. Die Literatur schweigt über diese Frage. Andeutungen gibt Heinsheimer a. a. O.

2. Die folgenden Ausführungen können — wegen ihres Uebergreifens auf das strafrechtliche Gebiet — nur skizzenhaft gehalten sein.

3. Kommentar zum StGB. 8.—10. Aufl. Anm. II vor § 51 mit Beling, Allfeld und Exner.

4. Anders ist es beim sog. „objektiven Unrecht". Vgl. oben S. 35

Der Erfolg als solcher ist nicht das Objekt dieses Unwerturteils; er ist rechtswidrig, aber nicht „mißbilligt", „vorwerfbar". Das Unwerturteil erstreckt sich allein auf die subjektive Beziehung des Täters zum Erfolg. Diese läßt erst die durch den rechtswidrigen Erfolg noch nicht erwiesene „antisoziale Gesinnung" des Täters erkennen, aus welcher ihm ein Vorwurf gemacht wird. Jene konkreten subjektiven psychischen Beziehungen des Täters zu seinem konkreten Verhalten — welche uns unter der Bezeichnung „Vorsatz und Fahrlässigkeit" wohlbekannt sind — stellen sich im Falle ihrer Vorwerfbarkeit als das Verschulden dar[5]. Vorsatz und Fahrlässigkeit sind mithin, genau genommen, nicht Schuldformen oder -arten[6], sondern Voraussetzungen (Elemente)[7] der Schuld. Der Vorsatz stellt sich dar als die Vorstellung (bzw. das Wollen)[8] sämtlicher Tatbestandsmerkmale, also insbesondere des Erfolges; die Fahrlässigkeit als Nichtvoraussicht des voraussehbaren Erfolges.

Diese Beziehungen sind aber, wie bereits angedeutet, an und für sich noch nicht das „Verschulden"; als dieses erscheinen sie vielmehr erst, nachdem sie das Moment der Vorwerfbarkeit, jenes Essentiale des Schuldbegriffs, in sich aufgenommen haben[9], wenn, mit anderen Worten, dem Täter aus jener ursprünglich rein tatsächlichen subjektiven Beziehung zur Tat ein Vorwurf gemacht wird. Wann das geschieht, darüber sagt das objektive Recht nichts; es spricht lediglich das Urteil aus, daß diese bestimmte Handlung diese bestimmte Rechtsnorm verletzt habe, und schafft damit das Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit. Mit der subjektiven Beziehung des Täters zur Tat hat die Rechtsordnung dagegen nichts zu tun. Es kann somit das Unwert-

---

5. Vgl. dazu v. Hippel, a. a. O. S. 142 ff., 149.
6. Darauf weist treffend hin, Bierling a. a. O., Bd. III, S. 242.
7. So Frank Anm. II vor § 51; vgl. auch die dort angeführte Literatur.

urteil über diese Beziehung, ihre „Mißbilligung", ihre „Vorwerfbarkeit" nicht dem objektiven Recht entnommen werden, sondern nur einer außerhalb des Rechts stehenden — wenngleich mit ihm in Wechselwirkung verbundenen[10] — ethischen Ordnung von Pflichtnormen.

Der Vorwurf wird nun nicht ausnahmslos erhoben, wenn das Vorliegen jener subjektiven Beziehung erwiesen ist; denn es kann sich auch die vorsätzliche rechtswidrige Handlung als völlig vorwurfsfrei darstellen.

Dies folgt dann aus besonderen begleitenden Umständen bei der Tat, welche vom Standpunkt des Täters zu betrachten sind[11] und seine subjektive Beziehung zur Tat als abnorm motiviert erscheinen lassen. Frank[12] sieht deshalb in der „normalen Motivierung" ein Schuldelement; als Beispiele abnormer Motivierung nennt er die Notstandshandlung des § 54 StGB., die erzwungene Handlung des § 52 StGB. und die Nottrauung des § 67, II Personenstand-Gesetzes.

Hier ist das Verhalten des Täters durch die besondere Motivierung „entschuldigt", und es läßt sich mangels einer Verletzung der Pflichtnorm ein Vorwurf nicht erheben[13].

Nach unserem Recht wird auch gegen den Unzurech-

---

8. Auf die Streitfrage der Kriminalisten: Willens- oder Vorstellungstheorie, welche für das Zivilrecht von geringerer Bedeutung ist (vgl. Hippel a. a. O. S. 69 Anm. 1) kann hier nicht eingegangen werden, vgl. dazu insbes. v. Hippel a. a. O. S. 13 ff., 76—92, sowie v. Bar a. a. O. Bd. II, S. 273—322

9. Vgl. dazu Bierling a. a. O. Bd. III, S. 238 sowie Frank, Aufbau des Schuldbegriffs S. 11 ff.

10. Daß die Pflichtnorm in engem Zusammenhang mit dem positiven Recht der jeweiligen Epoche steht, darf nicht verkannt werden; die Rechtsnorm ist die Sanktion der Pflichtnorm und neue Pflichtnormen wiederum ergeben sich aus den Sätzen des positiven Rechts. Vgl. dazu Bierling a. a. O. S. 240.

11. Vgl. dazu Rümelin, Das Verschulden in Straf- u. Zivilrecht S. 13.

12. a. a. O. II, 3 und „Aufbau" S. 12—15.

nungsfähigen jener Vorwurf regelmäßig nicht erhoben (§ 51 StGB., §§ 827, 828 BGB.), es soll ihm seine subjektive Beziehung zur Tat nicht vorgeworfen werden, weil seine allgemeine psychische Beschaffenheit die normale Bestimmung der subjektiven Beziehung ausschließt. Es tritt also neben den Entschuldigungsgrund abnormer Motivierung der weitere Entschuldigungsgrund abnormer Determinierung.

Durch diese Hineinnahme der Zurechnungsfähigkeit in den Schuldbegriff wird nun der Unzurechnungsfähige nicht etwa der rein tatsächlichen subjektiven Beziehung zur Tat für unfähig erklärt: er kann sehr wohl willentlich einen Menschen töten oder ohne Voraussicht des objektiv voraussehbaren Erfolges eine Körperverletzung begehen[14]; nur ein Vorwurf soll gegen ihn nicht erhoben werden[15], weil sein Wille[16], sein Vorstellungsmangel[17] nicht normal bestimmt ist.

Diese Bedeutung ist dem Moment der Zurechnungsfähigkeit lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen beigelegt worden: dem Richter soll die schwierige Prüfung erspart bleiben, ob die subjektive Beziehung des Täters zur Tat trotz ihrer abnormen Bestimmung[18] eine verwerfbare Pflicht-

---

13. In diesem Sinne sprach sich auch James Goldschmidt in einem am 8. Februar 1913 in der Juristischen Gesellschaft in Berlin gehaltenen Vortrag über die Notstandsrechte nach dem Entwurf zum StGB. aus.

14. Wir verweisen dafür auf unsere Ausführungen zum Handlungsbegriff, oben S. 44 ff., sowie auf Heinsheimer a. a. O. S. 249 ff.

15. Vgl. dazu Frank a. a. O. II, 1, welcher die Zurechnungsfähigkeit definiert als „eine allgemeine psychische Beschaffenheit des Menschen, zufolge deren man ihm überhaupt sein Verhalten zum Vorwurf machen kann.

16. Bei der „Schuldform" des Vorsatzes.

17. Bei der „Schuldform" der Fahrlässigkeit.

18. Ist diese Bestimmung ausnahmsweise normal, so fehlt die Unzurechnungsfähigkeit, und der Vorwurf ist wie beim Zurechnungsfähigen zu erheben. Hier liegt dann ein lucidum intervallum vor. Ueber das Abkommen dieses Begriffes in Psychiatrie und Jurisprudenz vgl. Rabel a. a. O. S. 151—156.

widrigkeit darstellt. Diese Frage ist durch das Gesetz von vornherein in negativem Sinne (zugunsten des unzurechnungsfähigen Täters) entschieden. Sie präjudiziert aber keineswegs der begrifflichen Möglichkeit, aus dem Vorliegen der subjektiven Beziehung auch bei deren abnormer Bestimmung einen Vorwurf zu erheben. Auch abnorm bestimmtes Wollen kann die mißbilligenswerte antisoziale Gesinnung enthüllen. Die Pflichtnorm gilt nicht nur für Zurechnungsfähige, sondern wendet sich an alle, die sie zu fassen vermögen. Dieses Fassungsvermögen muß dem Unzurechnungsfähigen nicht notwendig abgehen; ausgeschlossen ist es nur dort, wo jegliche Willensbestimmung fehlt, wie bei den „unwillkürlichen Handlungen" im Schlafe, im Delirium, im epileptischen Anfall: begrifflich ist mithin die Möglichkeit des Vorwurfs — also eines Verschuldens überhaupt — durch das Vorliegen einer echten „Handlung" begrenzt und zessiert erst beim Wegfall des Handlungsbegriffes.

Zu beachten ist jedoch: bei der normalen Bestimmung des zurechnungsfähigen Täters wird bei bloßem Nachweis der subjektiven Beziehung — abgesehen von dem obengenannten Fall der abnormen Motivierung — ein Vorwurf erhoben werden. Wenn A. den B., den er körperlich mißhandelte, auch mißhandeln wollte, so war das vorwerfbar. Eine Entschuldigung wie: „ich halte das nicht für pflichtwidrig", ist unerheblich. Bei der abnormen Bestimmung des unzurechnungsfähigen Täters wird man hingegen immer weiter noch prüfen müssen, ob diesem abnorm bestimmten Wollen die von der Pflichtnorm eingegebene Hemmungsvorstellung noch mit derartiger Intensität entgegentreten konnte, daß dem Täter aus deren Mißachtung ein Vorwurf gemacht werden kann. Wenn auch „in extremen Fällen . . . vernünftigerweise von einem gegen den Willen als Ausfluß der Persönlichkeit gerichteten Vorwurf . . . keine Rede mehr sein"[19] kann, so ist er dennoch nicht nur begrifflich möglich,

19. Rümelin, Verschulden S. 11.

sondern auch in vielen Fällen praktisch denkbar. Selbstverständlich wird die Mißbilligung stärker oder schwächer hervortreten, je nachdem die betreffende Willensbestimmung einer normalen nahegekommen oder ferngeblieben ist.

Hiermit ist die begriffliche Möglichkeit eines „Verschuldens" Unzurechnungsfähiger" bejaht: ein das Moment der Zurechnungsfähigkeit nicht enthaltendes Verschulden (Quasiculpa) ist möglich[20] und erlangt Bedeutung dort, wo wie im § 829 an einen deliktischen Tatbestand, den ein Unzurechnungsfähiger herbeiführt, Rechtsfolgen geknüpft sind, welche bei entsprechendem Verhalten eines Zurechnungsfähigen nur im Falle des Verschuldens eintreten würden.

Wir versuchten, die subjektive Beziehung des Täters zur Tat und die Vorwerfbarkeit als Essentialia des Schuldbegriffs zu entwickeln, sodann zu zeigen, daß auch einem Unzurechnungsfähigen aus seinem Verhalten ein Vorwurf gemacht werden kann. Jetzt haben wir noch diese subjektiven Beziehungen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit in ihrer Gestaltung als Schuldformen bei der Tat des Unzurechnungsfähigen zu prüfen.

Die sog. Schuldformen des untechnischen (Quasi-) Verschuldens.

§ 11.

Der (Quasi-) Vorsatz des Unzurechnungsfähigen.

Bei der Frage nach der Vorsatzfähigkeit des Unzurechnungsfähigen ist die doppelte Bedeutung des Vorsatzbegriffs,

---

20. Dahingegen soll dem gewöhnlichen technischen Verschuldensbegriff dieses Merkmal nicht etwa abgestritten werden.

einmal als einer rein psychologischen Beziehung, sodann als einer Schuldform zu beachten. Ursprünglich erscheint der Vorsatz als die tatsächliche Willens- oder Vorstellungsbeziehung[1] des Täters, welche auf die konkrete den Erfolg verwirklichende Tätigkeit gerichtet ist; er ist „ein Mittel zur Vorstellung der kausalen Verknüpfung von Willensbetätigung und Erfolg“[2]. Dem Werturteil gegenüber ist der Vorsatz in diesem ursprünglichen — der Sprache entnommenen Sinne ein „farbloser Begriff“[3]: Die Tat, auf welche er sich bezieht, kann rechtlich irrelevant oder relevant sein; letzterenfalls kann sie vom Rechte gestattet oder verboten sein. Dieses rein tatsächlichen Vorsatzes ist auch der Unzurechnungsfähige fähig. Niemand zweifelt, daß solche Personen alltäglich eine Reihe juristisch irrelevanter Erfolge bewußt herbeiführen. Warum sollte dieses Bewußtsein bei der Herbeiführung des deliktischen Erfolges durchaus mangeln? Der Geisteskranke kann willentlich seinen Wärter töten oder mißhandeln, das mutwillige Kind kann mit wohlüberlegter Absicht eine Scheune in Brand setzen[4] oder eine kostbare Vase aus dem Fenster werfen[5].

Zur sog. Schuldform wird dieser rein tatsächliche Vorsatz erst, wenn er das Moment der Vorwerfbarkeit erhält. Dann ist er „böser Vorsatz“[6]. Dieser ist regelmäßig gemeint, wenn das Gesetz von „Vorsatz“ schlechthin spricht. Der Unzurechnungsfähige ist des Vorsatzes auch in diesem Sinne fähig. Wir haben bereits im vorigen Paragraphen ausgeführt,

---

1. Vgl. oben S. 68 Anm. 8.
2. So Dittenberger a. a. O. S. 77; ähnlich Weyl a. a. O. S. 403.
3. So Zitelmann, Allg. Teil S. 157 Z. 3.
4. Im einzelnen verweisen wir auf die Beispiele bei Schwartz a. a. O. S. 30 ff. und Heinsheimer S. 249 ff., vgl. auch Frank „Aufbau“ S. 8 sowie unsere obige Ausführung S. 44 ff.
5. Vgl. die Tellergeschichte in Goethes „Dichtung und Wahrheit“ I. Teil, 1. Buch, Jubiläumsausg. in 40 Bdn., Bd. 22, S. 8.
6. Weyl a. a. O. S. 389.

daß auch bei abnormer Willensbestimmung die aus der Pflichtnorm fließenden Hemmungsvorstellungen vorhanden sein können, und daß aus deren Mißachtung dem unzurechnungsfähigen Täter ein Vorwurf gemacht werden kann, weil aus ihr seine antisoziale Gesinnung hervorgeht.

Der Unzurechnungsfähige ist mithin des „Vorsatzes" fähig, auch wenn „Vorsatz" im Sinne der sog. Schuldform verstanden wird. Diesen seinen „Vorsatz" bezeichnen wir zur Unterscheidung von der entsprechenden Schuldform des Zurechnungsfähigen als Quasi-Vorsatz.

Wenn das positive Recht gemeinhin an die vorsätzlichen Delikte Unzurechnungsfähiger keine Rechtsfolgen knüpft, so tut diese Zweckmäßigkeitsregelung, wie ausgeführt, der begrifflichen Möglichkeit eines Verschuldens Unzurechnungsfähiger keinen Abbruch[7] und hindert insbesondere in dem Sonderfalle des § 829, wo ausnahmsweise eine solche Rechtsfolge statuiert ist, keineswegs die Berücksichtigung der Quasi-Culpa[8].

---

7. Gegen den Einwand, daß das Gesetz sonst — insbes. in § 276 — unter Vorsatz stets die technische Schuldform, d. h. die mißbilligte psychische Beziehung des zurechnungsfähigen Täters zur Tat verstände und ein Vorsatz Unzurechnungsfähiger d e s h a l b ausgeschlossen erscheine, ist zu erwidern, daß wir im Spezialgebiete der unerlaubten Handlungen nicht nur Ausnahmevorschriften begegnen (z. B. §§ 851—53), sondern auch gewärtig sein müssen, einen wohlbekannten Begriff wie den „Vorsatz" in ungewohnter Modifizierung anzutreffen.

8. Vortrefflich Olshausen a. a. O. Anm. 12 zu § 51: „Ist aber auch die freie Willensbestimmung im Sinne des StGB. bei einem Menschen für ausgeschlossen zu erachten, so ist damit nicht gesagt, daß er zu keinem Tun in regelrechter Weise durch Motive bestimmt werden könne, sondern nur, daß es Fälle gebe, wo das Tun des Betreffenden nicht derart bestimmt werde. Liegt jedoch der Ausschluß der freien Willensbestimmung in diesem Sinne vor, so fällt damit unbedingt die Strafbarkeit jeder Handlung fort, mag auch bei der objektiv den Tatbestand eines Delikts erfüllenden Handlung der Nachweis des Ausschlusses der freien Willensbestimmung in Be-

Entsprechend der geringeren Mißbilligung[9] erscheint das Verschulden hier weniger schwer, und deshalb ist auch der Schadensersatz hier nach billigem Ermessen des Richters einschränkbar.

In der Literatur begnügen sich die für § 829 das Culpaprinzip vertretenden Autoren gewöhnlich mit dem allgemeinen Hinweis, die Tat müsse eine solche sein, daß sie, von einem Zurechnungsfähigen begangen, Delikt wäre, daß dann die subjektive Beziehung zur Tat dem Täter zur Schuld zugerechnet werden könnte.

Die Vorsatzfähigkeit des Unzurechnungsfähigen und überhaupt das Culpaprinzip für § 829 vertreten besonders Oertmann[10], Bernhoeft[11], G. Rümelin[12]; dieser unter be-

---

ziehung auf sie nicht zu erbringen sein, oder mag selbst die Annahme sich rechtfertigen, daß der subjektive Tatbestand gleichfalls vorliege." Damit gibt Olshausen ein — strafrechtlich irrelevantes — vorwerfbares Verhalten, d. h. Verschulden Unzurechnungsfähiger zu, wie es für § 829 BGB. relevant wird. Vgl auch Frank a. a. O.

9. Ueber die quantitative Natur der Mißbilligung vgl. Rümelin, Verschulden S. 11—13.

10. Anm. 2d zu § 829: „Das Verhalten muß sich als ein solches darstellen, woraus dem Handelnden von seiner persönlichen Unfähigkeit abgesehen, ein Vorwurf gemacht werden."

11. „Bei den vorsätzlichen Vergehen wird zu verlangen sein, daß das Vorstellungsvermögen soweit entwickelt bzw. erhalten ist, um den Vorsatz fassen zu können; im Falle des § 826 muß sich das Kind den Schaden vorgestellt haben. . . ." (S. 478 in der Enzykl.) In der Tat: wie soll man zu einer Billigkeitshaftung im Falle sittenwidriger Schädigung oder strafrechtlichen Betruges (§ 823, II) kommen, wenn man die Vorsatzfähigkeit der unzurechnungsfähigen Täter leugnet? Vgl. ferner Bernhoeft, Beitr. Heft 1, S. 18: „Es kommt ausschließlich darauf an, ob ihre geistigen Fähigkeiten tatsächlich eine Willenstätigkeit möglich machen."

12. Arch.Civ.Prax. Bd. 88, S. 308: „Die Haftung kann, abgesehen von der Straffähigkeit nur auf eine Ausdehnung des Schuldbegriffes (!) gestützt werden. Auch jenseits von der Deliktsfähigkeit . . . stellen wir gewisse Anforderungen, erheben Vorwürfe. Von einer Schuld der Geisteskranken spricht auch a. BGB."

rechtigtem Hinweis auf § 1310 a. BGB., welcher ganz im Sinne unserer Ausführungen davon spricht, daß „dem Täter, ungeachtet er gewöhnlich seines Verstandes nicht mächtig ist . . ., nicht dennoch ein Verschulden zur Last“[13] liegt. Vgl. ferner Weyl[14] und besonders Heinsheimer[15] sowie Träger[16], Wollmann[17].

Als schlecht verborgene Bekennung zum Culpaprinzip erscheint auch die Ansicht, daß ausgesuchte Bosheit des fast Siebenjährigen oder ein geringerer Grad der Geisteskrankheit als einer der zu berücksichtigenden „Umstände“ des § 829 erwogen werden sollen[18]. Dem Culpaprinzip nahe auch der Kommentar der RGR. zu § 829[19] und Planck[20], wenn sie die Berücksichtigung des objektiven und subjektiven Tatbestandes der §§ 823—826 in § 829 fordern, sowie auf die Erheblichkeit des Umstandes hinweisen, „ob der Schädiger mit Absicht oder nur unbesonnen — entsprechend dem Vorsatz oder der Fahrlässigkeit der verantwortlichen Personen — handelte[21], und weiterhin ausführen, daß „§ 829

13. Darüber, daß damit nicht etwa lucida intervalla gemeint sind, vgl. oben S. 19.

14. a. a. O. S. 578: § 829 gerade da einzugreifen bestimmt, wo die Haftung auf dem Verschuldensprinzip im engsten Sinne nicht aufgebaut werden kann. . . .“ S. 584: § 829 spreche von den nicht verantwortlichen Personen und nicht vom Mangel eines obwaltenden Verschuldens überhaupt.“ S. 607: „Der Willens- bzw. Gesinnungsfehler an sich liegt vor (!), dem Täter kann aber nicht zugerechnet werden, weil betr. eines Verschuldens im engeren Sinne die Vorschriften der §§ 827/28 eingreifen.“

15. a. a. O. S. 238.

16. Kausalbegriff S. 215 ff.

17. a. a. O.

18. So Crome a. a. O. Bd. II, S. 1046; Oertmann zu § 829 Anm. 2 a β und d; Sachs a. a. O. S. 63, obgleich er dem Hinweis auf die Fälle der §§ 823/26 für die Hinübernahme des subjektiven Tatbestandsmerkmales in den § 829 keine Bedeutung beimißt.

19. Anm. 3 und 5.

20. Zu § 829.

21. RGR. a. a. O. Anm. 5.

versage, wo auch den Zurechnungsfähigen ein Verschulden nicht treffen würde“[22].

§ 12.

Die (Quasi-) Fahrlässigkeit des Unzurechnungsfähigen.

Die Fahrlässigkeit als sog. Schuldform ist die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 BGB.), also ein vorwerfbares Verhalten unter Nichtvoraussicht des Voraussehbaren. Auch ein Unzurechnungsfähiger kann etwas Voraussehbares möglicherweise nicht voraussehen, und es ist nach unseren Ausführungen (s. o. § 10) alsdann unanstößig, ihm daraus einen Vorwurf zu machen.

Schwierigkeiten bereitet allein die Frage, ob dieser Vorwurf wegen Außerachtlassens der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ohne weiteres gegen den Unzurechnungsfähigen erhoben werden kann, wie das bei der fahrlässigen Handlung des Zurechnungsfähigen geschieht, bei dessen vorsätzlichem Delikt der Vorwurf nach Feststellung der subjektiven psychischen (Willens-) Beziehung des Täters zur Tat ja auch ohne weiteres erhoben wird. Der fahrlässige Zurechnungsfähige kann sich nicht mit Unerfahrenheit oder Dummheit entschuldigen. Die für den Schuldbegriff essentielle Verletzung der Pflichtnorm liegt eben darin, daß er hinter der Sorgfalt des diligens pater familias zurückblieb. Und wenn er mit Anspannung all seiner Kräfte hinter dieser generellen Sorgfalt zurückbleiben mußte, er hat dennoch vorwerfbar, schuldhaft gehandelt: auch Dummheit ist Schuld! So wenigstens im Zivilrecht. Im Strafrecht ist notwendig, daß der Täter

---

22. So RG. 11. Dez. 1902, VI, 192/02; Vgl. Komm. a. a. O. Anm. 4.

auch hinter derjenigen Sorgaflt zurückblieb, die bei seiner individuellen Anlage forderbar war.

Dieser generell bestimmte Fahrlässigkeitsbegriff des Zivilrechts kann unmöglich für den in § 829 BGB. notwendigen Begriff der Quasifahrlässigkeit des Unzurechnungsfähigen zugrunde gelegt werden, wie es einige das Culpaprinzip für § 829 fordernde Schriftsteller[1] wollen. Damit verlassen sie den Ausgangspunkt ihrer Lehre: daß nämlich dem § 829 eine besondere Quasiculpa zugrunde liegen müsse, weil die betreffenden Täter der gewöhnlichen Culpa wegen der §§ 827/828 unfähig seien[2].

Daß die generell bestimmte Sorgfalt des ordentlichen Mannes von dem Täter nicht verlangt werden kann, ist ja gerade die Voraussetzung des (auf den §§ 827/828 ruhenden) § 829, die betreffenden Täter sind dieser Sorgfalt de iure für unfähig erklärt, und nun soll sie zwecks Herbeiführung der milderen subsidiären Haftung doch wieder verlangt werden?

Ist aber die geistige Beschaffenheit eines Täters derartig, daß von ihm die generell zu prästierende Sorgfalt verlangt werden kann, so ist er eben nicht unzurechnungsfähig, und es zessieren somit sowohl die §§ 827/828 wie der § 829 und der Täter haftet in vollem Umfange gemäß § 823 ff.

Die Vertreter des Culpaprinzips fordern bezüglich des Vorsatzes Unzurechnungsfähiger, daß dem Täter nach Prüfung seines individuellen Fassungsvermögens aus seiner Tat ein Vorwurf gemacht werden kann[3].

---

1. Heinsheimer a. a. O. S. 247 ff.; Traeger a. a. O. S. 215/17; Bernhoeft, Enz. S. 478; Wollmann a. a. O. S. 14.

2. und andererseits die völlige Ausschaltung des subjektiven Momentes in § 829 nicht anginge.

3. In der Befürchtung, es könne dem Unzurechnungsfähigen in gleicher Weise wie dem Zurechnungsfähigen aus seiner vorsätzlichen Handlung ein Vorwurf gemacht werden, stellen sie sogar den Satz auf, daß der Quasivorsatz — also doch die Schuldform —

Ist es da nicht zum mindesten inkonsequent, wenn sie bei der Fahrlässigkeit den für den Zurechnungsfähigen gültigen Maßstab für die Bestimmung der untechnischen Schuldform heranziehen? Während man die Schuldformen Vorsatz und Quasivorsatz — freilich ohne diese Benennung — sorglich unterscheidet, will man Fahrlässigkeit und Quasifahrlässigkeit identifizieren und den Vorwurf gegen den Unzurechnungsfähigen ohne Umschweife dann erheben, wenn man vom Zurechnungsfähigen ein sorgfältigeres Verhalten hätte verlangen können!

Die Fahrlässigkeit ist im Zivil- und Strafrecht die leichtere Form des Verschuldens. Das ergeben in diesem die milderen Stafandrohungen, in jenem einzelne Bestimmungen, wonach innerhalb der betreffenden Rechtsbeziehung nur für Vorsatz gehaftet werden soll oder die Haftung für Fahrlässigkeit durch Vereinbarung besonders ausgeschlossen werden kann (§ 276, II arg. e contr.)[4]. Für den Unzurechnungsfähigen würde nach der beschriebenen Theorie die Fahrlässigkeit dem Vorsatz gegenüber die schwerere Form des (Quasi-) Verschuldens darstellen. Denn wohl beim Vorsatz, nicht aber bei der Fahrlässigkeit soll nach der individuellen (abnormen) Anlage gefragt werden; es soll bei der Fahrlässigkeit die Vorwerfbarkeit des Verhaltens schlechthin daraus folgen, daß man — dem Zurechnungsfähigen aus solchem Verhalten einen Vorwurf machen würde.

---

mit der rein tatsächlichen psychischen Willensbeziehung identisch sei, ein Satz, dessen Fehlerhaftigkeit sich aus unseren obigen Ausführungen ergibt, wonach der psychologische Vorsatzbegriff erst durch die Hineinnahme des aus der Pflichtnorm abstrahierten Unwerturteils (Vorwerfbarkeit) zur Schuldform wird; und zwar sowohl beim technischen wie beim untechnischen Verschulden.

4. Für den Umfang der Haftung ist es freilich nach unserm Recht unerheblich, ob sie wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Pflichtwidrigkeit eintritt. Einen Fortschritt hat in dieser Richtung der oben S. 50 Anm. 11 wiedergegebene Art. 44 Abs. II des neuen schweizerischen Obligationenrechts vollzogen.

Diese Inkongruenz wird vermieden, wenn man dem Unzurechnungsfähigen das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt — welches natürlich Voraussetzung und Begrenzung auch seiner Haftung ist[5] — nur dann zum Vorwurf macht; mit anderen Worten eine Quasifahrlässigkeit nur dann für vorliegend erachtet, wenn das Verhalten des Täters auch unter Berücksichtigung seiner individuellen Fähigkeiten[6] vorwerfbar erscheint.

Die Quasifahrlässigkeit ist somit nach dem Vorbilde des strafrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriffes nur dann zu bejahen, wenn einmal (objektiv) die fragliche Handlung sich als fahrlässig nach dem generell bestimmten Fahrlässigkeitsbegriff qualifizieren läßt, und wenn weiterhin (subjektiv) der Täter — obgleich er sich in einem Zustande befand, in welchem das Gesetz ordnungsmäßiges Handeln nicht erfordert — sogar noch hinter jener Sorgfalt zurückgeblieben ist, die selbst er, unter Berücksichtigung seiner individuellen Verhältnisse, hätte aufbringen können. Mit anderen Worten: die Billigkeitshaftung tritt nur dann ein, wenn der Täter die ihm mögliche Sorgfalt außer acht gelassen hat[7] [8].

---

5. Darauf weist Heinsheimer a. a. O. mit Recht hin. Vgl. auch die von ihm herangezogenen Entscheidungen OLG. III, 287/88 und RG. Bd. 51, S. 30/32. Rosanes sagt (a. a. O. S. 51): „Verursacht der Unzurechnungsfähige einen Erfolg, den ein normaler Mensch auch ohne fahrlässiges Handeln verursacht hätte, so haftet er keinesfalls dafür.“ Vgl. auch Komm. RGR.: „§ 829 versagt, wo auch den Zurechnungsfähigen kein Verschulden treffen würde.“

6. Diese werden ja auch beim Quasivorsatz berücksichtigt, nämlich bei der Frage nach der Vorwerfbarkeit der rein tatsächlichen subjektiven Beziehung (s. o. § 11).

7. Ueber diesen dem Strafrecht entlehnten, nach individuellem Maßstabe bestimmten Fahrlässigkeitsbegriff vgl. Frank Anm. VIII, 3 zu § 59 StGB. und die dort angeführte Literatur.

8. Wir betonen, daß wir diesen individuell gemessenen Fahrlässigkeitsbegriff nur für den Sonderfall des § 829 und nicht etwa für das Zivilrecht im allgemeinen postulieren, wie es einige Schrift-

Bezüglich des Quasivorsatzes stimmen die Vertreter des Culpaprinzips wohl darin überein, daß einmal das Vorhandensein der rein tatsächlichen subjektiven Beziehung und sodann deren Vorwerfbarkeit (trotz abnormer Bestimmung) feststehen muß. Wenn z. B. ein sechsjähriger Knabe eine Scheune in Brand setzt, so ist erstens zu prüfen, ob er das mit Willen[9] (bzw. unter Vorstellung sämtlicher Tatbestandsmerkmale)[10] getan hat, zweitens, ob ihm das Antisoziale, die Pflichtwidrigkeit solcher Willensbetätigung bewußt war[11] — dann erst ist sein Verhalten als „vorwerfbar" (schuldhaft) qualifiziert.

---

steller tun. So sagt v. Liszt (Deliktsobligationen S. 55): „Ob er jene objektiv bestimmte Sorgfalt nicht beobachtet hat, kann nur subjektiv (individuell) bestimmt werden. Das Wesentliche ist mithin Voraussehbarkeit des Erfolges (wie im Strafrecht)." Cosack (Bd. I, S. 301): „Im übrigen ist dagegen auf die Individualität des Schuldigen volle Rücksicht zu nehmen: „Zwar nicht darauf, welche Sorgfalt er gemäß seinem Charakter von sich fordert, wohl aber darauf, welche Sorgfalt er gemäß seinen geistigen und körperlichen Kräften und seiner wirtschaftlichen Lage anzuwenden vermag, kommt es an." Zitelmann (Allg. Teil S. 158): „Ob er bei seiner Individualität sorgfältiger hätte handeln können." Landsberg (a. a. O. S. 254 bb). Man müsse „mit Kenntnissen und Fähigkeiten desejnigen rechnen, dessen Handlungsweise beurteilt werden soll. . . ."

Gegen diese Auffassung spricht sowohl die historische Entwicklung des Fahrlässigkeitsbegriff als auch der Wortlaut des § 276, I, 2 BGB. Es gilt auch heute noch der Satz, daß imperitia culpae adnumeretur (L. 8 § 1 D. 9, 2) ebenso wie der, daß umgekehrt eine außerordentliche Begabung die Anforderungen nicht erhöht. — Ob einzelne Personenklassen, insbesondere Berufsstände zusammenzunehmen und von ihnen eine besonders bestimmte Sorgfalt zu verlangen ist, steht auf einem andern Blatt und ist wohl zu bejahen (wir müssen uns mit einem Hinweis auf Kipps entsprechende Ausführungen bei Windscheid Bd. II, S. 521/22 und 526 begnügen).

9. Mag dieser Wille auch rechtlich nicht vollwertig sein.

10. Vgl. oben S. 68 Anm. 8.

11. Eine Frage, die beim Zurechnungsfähigen uno acto mit der Feststellung der Willensbeziehung bejaht werden würde.

Warum soll nun diese doppelte Fragestellung bei der Quasifahrlässigkeit unterbleiben? Wenn z. B. ein Chauffeur unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt jemanden überfährt, warum soll dann – in gleicher Weise wie wenn ein zurechnungsfähiger Chauffeur das getan hätte — dem Täter aus seiner Verkehrsuntüchtigkeit schlechthin ein Vorwurf gemacht werden, warum soll hier die abnorme Bestimmung seines Verhaltens sowie dessen trotzdem mögliche Vorwerfbarkeit ungeprüft bleiben?

Vielmehr vertreten wir den Satz, daß die Vorwerfbarkeit des objektiv fahrlässigen Verhaltens beim unzurechnungsfähigen Täter nur dann vorliegt, wenn er auch bei seinen individuellen Fähigkeiten sorgfältiger hätte handeln können. Der unzurechnungsfähige Chauffeur unseres Beispiels hat mithin nur dann quasi fahrlässig gehandelt, wenn er noch unsachgemäßer fuhr, als selbst er — bei seinem abnormen Geisteszustande — hätte fahren können.

Die Vertreter der bekämpften Theorie sollten bei fahrlässigen Delikten Unzurechnungsfähiger konsequenterweise nicht die Billigkeitshaftung gemäß § 829, sondern die gewöhnliche Vollhaftung gemäß §§ 823 ff. fordern, wenn in der Tat Unzurechnungsfähigkeit ebensowenig entschuldigt wie Dummheit!

Folgende von Heinsheimer[12] selbst gezogene, nach unserer Lehre vermiedene Konsequenz läßt die Schwäche der gegnerischen Meinung erkennen: daß nämlich Unzurechnungsfähige „bei Voraussehbarkeit gemäß § 829 verhältnismäßig häufiger herangezogen werden können, als unter gleichen Umständen erwachsene Zurechnungsfähige, denn nur ihre Geisteskrankheit wird oft der Grund ihres Nichtvoraussehens sein". Danach haftet der Unzurechnungsfähige also strenger als ein Zurechnungsfähiger, eine von Heinsheimer als Vertreter des Culpaprinzips sonst sorgfältig ver-

12. a. a. O. S. 247.

miedene Erscheinung, welche den § 829 zum privilegium odiosum der Unzurechnungsfähigen werden läßt.

Innerhalb des Culpaprinzips ist auch die Heranziehung der Strohalschen Formel von der „Konsequenz der Persönlichkeit", für die man einzustehen habe, sehr fremdartig. Dieselbe soll die vorgeschlagene Behandlung der fahrlässigen Delikte Geisteskranker rechtfertigen, während sie im übrigen als allgemeine Haftungsgrundlage verworfen wird.

Daß Heinsheimer selbst die Ausscheidung des individuellen Moments als störend empfindet, geht aus seiner seltsamen Konzession an die hier vertretene individualisierende Auffassung hervor: er empfiehlt nämlich, zwar nicht bei Geisteskranken, wohl aber bei Kindern die imperitia zu berücksichtigen, da Jungsein — als Eigenheit einer ganzen Personenklasse — typisch sei, Kranksein hingegen individuell (ebenso wie Dummheit)[13].

Zusatz: Nach Feststellung der Schuldformen des untechnischen Verschuldens — des Quasivorsatzes und der Quasifahrlässigkeit — noch ein kurzes Wort über die Begrenzung der Ersatzpflicht des § 829 durch die Billigkeit.

Diese Einschränkung kann nicht als Argument gegen die Culpatheorie angeführt werden, etwa in dem Sinne, daß Culpahaftung stets Vollhaftung sein müsse und die ausnahmsweise gemachte Einschränkung sich nur dadurch rechtfertige, daß hier auch ein Ausnahmehaftungsprinzip zugrunde gelegt sei.

Vom Korrelationsstandpunkte (vgl. oben § 4) bedeutet die Einschränkung der Ersatzpflicht allerdings eine Begünstigung der unzurechnungsfähigen Täter, welche ihrer natürlichen debilitas Rechnung trägt. Sie ist aus der Tatsache erklärt, daß das geltende System unserer Verschuldenshaftung

---

13. Vgl. dagegen auch Höchster a. a. O. S. 436, welcher mit Recht bemerkt, daß das, einer „individualistischen Auffassung des Culpabegriffs nahezu gleichbedeutend" sei.

grundsätzlich von der technischen Culpa ausgeht. Die schwächere Form der Ersatzpflicht entspricht lediglich der schwächeren Form der Culpa des Unzurechnungsfähigen, der schwächeren Mißbilligung[14]. De lege ferenda mag man über die Berechtigung dieser Haftbeschränkung streiten.

Auch die weitere Begründung, die Subsidiarität, erklärt sich daraus, daß unserem Schadensersatzrecht grundsätzlich technische Culpa zugrunde liegt: da wird denn zunächst natürlich der Aufsichtspflichtige belangt; denn er ist eines Verschuldens im technischen Sinne fähig. Nur wenn von ihm nichts zu erlangen ist, macht der Gesetzgeber im Interesse des Verletzten ausnahmweise die untechnische Culpa des unzurechnungsfähigen Täters zur Haftungsgrundlage.

Aus dem gleichen Gesichtspunkte erklärt sich auch die Regelung des Regresses im Innenverhältnis (zwischen dem unzurechnungsfähigen Täter und dem Aufsichtspflichtigen), § 840, II, wonach „in ihrem Verhältnisse zueinander . . . im Falle des § 829 der Aufsichtspflichtige allein verpflichtet" ist. Diese Vorschrift hat übrigens für den Unzurechnungsfähigen wenig praktischen Wert, weil in jenen Fällen, wo von dem verantwortlichen insolventen Aufsichtspflichtigen de facto Ersatz nicht erlangt werden konnte, die Regreßforderung aus § 840 regelmäßig ebensowenig realisierbar sein wird, wie vordem die Forderung des Verletzten aus § 832.

Terminologischer Zusatz: Aus der Terminologie des Gesetzes läßt sich weder für noch gegen die Lehre von der Culpanatur der Deliktshaftung Unzurechnungsfähiger ein Argument finden.

Das in § 829 gebrauchte Wort „verursachen" wird zwar auch für die Tierestat gebraucht, kommt aber andererseits nicht nur in § 829, sondern auch in anderen Fällen[15] für willentliche menschliche Handlungen neben dem sonst dafür

---

14. Vgl. oben S. 74 Anm. 9.
15. Vgl. Weyl a. a. O. S. 553, der noch weitere Fälle anführt.

üblichen „Schadenzufügen“ vor: so in § 830, I, 1, § 841, § 1833, II, 2 („vom Vormunde verursachter Schaden“).

§ 13.

Das Verschulden bei der sog. actio libera in causa des § 827, S. 2 BGB.

Die actio libera in causa[1] des § 827, S. 2 kommt auch für den Unzurechnungsfähigen in Frage. Sie involviert jedoch keine Haftung für „unwillkürliche Handlungen“[2]; denn die Konstruktion der Fahrlässigkeit in Ansehung der in dem fraglichen Zustande verübten deliktischen Tat als einer fingierten läßt erkennen, daß in Wahrheit nicht wegen dieser „Tat“, sondern wegen des vorhergehenden Verhaltens gehaftet wird: es verstößt eben gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, sich in einen Zustand zu versetzen, in welchem man leicht Schädigungen verübt. Für die Bestimmung dieser vorhergehenden Culpa, durch die der Täter in den Zustand geraten ist, kommen nun die Erfordernisse des Quasiverschuldens in Frage[3].

Im Rahmen des § 829 wird hier also mittelbar auch für sog. unwillkürliche Handlungen gehaftet; z. B. wenn der sechsjährige Knabe sich quasi-schuldhaft betrinkt, der Geisteskranke sich quasi-schuldhaft in Morphiumrausch versetzt und sie in diesem Zustande dann durch eine ungewollte Körperbewegung eines der in den §§ 823—826 bezeichneten Delikte begehen[4].

---

1. Vgl. dazu v. Bar a. a. O. S. 121 ff., interessant S. 127, § 57.
2. Vgl. oben S. 44 ff.
3. Die Streitfrage, wie es zu halten sei, wenn der Täter sich mit dem Vorsatz, Schaden anzurichten, in den Zustand versetzte, würde hier zu weit führen.
4. Keine Haftung tritt dagegen ein, wenn ein Geisteskranker

Auf folgende interessante Divergenz sei noch hingewiesen: Ein Zurechnungsfähiger, welcher sich schuldhaft durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand versetzt hat, der die freie Willensbestimmung ausschließt, haftet gemäß § 827, wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele. Durch diese Fiktion ist die Prüfung, ob er in jenem Zustande wirklich (willentlich) handelte oder nicht, verschlossen. Eine Quasiculpa bei diesem Verhalten ist unbeachtlich, er haftet auch bei unwillkürlicher Handlung; in Wahrheit also wegen der vorhergehenden (technisch) culposen Handlung des Sichversetzens in jenen Zustand.

Gerät er jedoch schuldlos in diesen Zustand, so kann er gemäß § 829 nur wegen der in dem fraglichen Zustande verübten Handlung haftbar gemacht werden, diese muß willkürlich und quasi-culpos sein; die voraufgehende Handlung bleibt hier als schuldlose außer Betracht. Er ist somit dem dauernd Unzurechnungsfähigen und dem Geisteskranken des Beispiels in Anm. 4, S. 84 gleichgestellt, welche ja auch „schuldlos“[5] in den fraglichen Zustand geraten sind.

Ergebnis: Für unwillkürliche Handlungen in der Trunkenheit haftet der schuldhaft in den Zustand geratene Zurechnungsfähige gemäß § 827, wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele, der schuldlos Zurechnungsfähige überhaupt nicht; letzterer kann nur für willkürlich in diesem Zustande verübte Schädigungen gemäß § 829 haftbar werden.

---

trotz Vorahnung eines Tobsuchtsanfalls ohne die gewöhnliche Begleitung spazieren geht und nun im Anfall Fensterscheiben und Warenauslagen zertrümmert (a. M. Heinsheimer, Crome a. a. O.). Denn er hat sich nicht quasi schuldhaft in den Tobsuchtszustand versetzt; vielmehr hat er nur quasi schuldhaft Vorsichtsmaßregeln außer Acht gelassen und haftet daher zwar möglicherweise unmittelbar nach § 829, wenn sein Verhalten in dem Anfall quasi schuldhaft war, nicht aber gem. § 829 i. V. mit § 827, S. 2.

5. Vgl. v. Bar a. a. O. S. 127.

Die Bedeutung des § 829 für andere als die in den §§ 823—826 bezeichneten Fälle.

§ 14.

§ 829 und die Tierhalter- und Wildschadenhaftung gemäß § 833, S. 1 und § 835 BGB.

Die Frage der analogen Anwendung des § 829 auf andere als die in den §§ 823—826 bezeichneten Fälle wird gewöhnlich mit dem bloßen Hinweis auf die Singularität des § 829 verneinend beantwortet; man sagt, daß eine „Ausdehnung der Vorschrift wegen ihrer speziellen Natur nicht gerechtfertigt"[1] werden könne. Als Sondernorm des Deliktsrechts sei § 829 keinesfalls außerhalb des 25. Titels des zweiten Buches des BGB. anwendbar, aber auch innerhalb dieses Titels müsse seine Einschränkung auf die in den §§ 823—826 bezeichneten Tatbestände gefordert werden.

Diese lediglich auf den Wortlaut des § 829 gestützte Ansicht enthebt uns nicht der Aufgabe, bei jeder in Frage kommenden Einzelvorschrift zu prüfen, ob der innere Zusammenhang der gesetzlichen Bestimmungen die analoge Heranziehung des § 829 gestattet oder verbietet.

Das entscheidende Kriterium dafür wird sein, ob die Quasiculpa des § 829 in dem betreffenden Falle Erheblichkeit gewinnen kann oder nicht. Mithin wird sich die Stellung des § 829 im System des BGB. aus dieser seiner Culpanatur ergeben, welche — wie wir erkannten — die Grundlage dieser Haftung ist.

Zunächst ist klar, daß die Anwendung des § 829 in all jenen Fällen ausgeschlossen ist, wo das subjektive Moment

---

1. So Crome Bd. II, § 331 Anm. 24; in ähnlicher Weise die Kommentare und das Reichsgericht in JW. 1903, Beil. S. 122; JW. 1910, S. 810/11; ferner Bd. 74, S. 145.

des Verschuldens überhaupt nicht die Grundlage der betreffenden Haftung ist; wo die technische Culpa unbeachtlich ist, da muß es die Quasiculpa erst recht sein. Formell ausgedrückt: wo die §§ 827, 828 ohne Bedeutung sind, da kann auch der auf ihnen ruhende § 829 keine Anwendung finden. Es wird in solchen vom subjektiven Moment unbeeinflußten Haftungsfällen die Haftung des Unzurechnungsfähigen der des Zurechnungsfähigen gleich sein, wenn die haftbegründenden Tatsachen bei beiden gleicherweise vorliegen. Das ist z. B. der Fall bei der Erfolgshaftung des Veranlassungsprinzips — auch ein Unzurechnungsfähiger kann verursachen — und bei der Gefährdungshaftung — auch einem Unzurechnungsfähigen kann eine gefährliche Unternehmung in seinem Interesse vom Recht mit der Maßgabe konzediert sein, daß er für die Betriebsgefahren einsteht.

Fälle der letzteren Art repräsentieren die Tierhalterhaftung des § 833, Satz 1 und die Wildschadenhaftung des § 835. Auszuscheiden ist hier der durch die lex Treuenfels hinzugefügte Satz 2 des Tierhalterparagraphen. Denn dort ist für bestimmte Fälle der Exculpationsbeweis zur Abwendung der Haftung offen gelassen; diese somit von einem (vermuteten) Verschulden abhängig gemacht[2]. Im Fall des § 833, S. 1 ist aber die Haftung vom Verschulden des Tierhalters gänzlich losgelöst. Sie beruht überhaupt nicht auf einem bestimmten Verhalten desselben, etwa auf der Anschaffung des Tieres[3], sondern auf dem rein tatsächlichen Zustande des „Haltens".

Die der Haftung zugrunde liegende Interessenabwägung ist folgende: Der Halter hat ein rechtlich gewürdigtes aktives

---

2. Nicht etwa wird sie gänzlich fortfallen, s. u. § 16; im Falle des § 833 S. 2 kommt also die Deliktsfähigkeit des Tierhalters in Betracht: die §§ 827/28 finden Anwendung.

3. Derartige Fälle von Haftung wegen zurechenbarer, wenngleich schuldloser, Betätigung werden wir im § 15 kennen lernen. Die Tierhalterhaftung gehört nicht zu ihnen.

Interesse an der tierischen Wirksamkeit. Diese bringt spezifische Gefahren für die Rechtsgenossen des Tierhalters mit sich, doch wird denselben trotzdem kein Anspruch auf Unterlassung der sie gefährdenden Interessenbetätigung gewährt, weil das Interesse des Tierhalters als das überwiegende erscheint. Nunmehr muß aber, wer den „guten Tropfen" hat, auch den bösen haben: der Tierhalter soll für alle dem Rechtsgenossen durch seine Tiere zugefügten Schäden einstehen[4]. Die Tiere sind Nutzungsobjekte seiner Wirtschaft; die auf Grund der Tierhalterhaftung geleisteten Ersatzgelder erscheinen gleichsam als Betriebsunkosten.

Aus entsprechenden Erwägungen ist auch die Wildschadenhaftung des § 835 erklärbar, welche Kipp[5] in diesem Sinne als eine „Last des Jagdausübungsrechts" bezeichnet.

Die Tierhalter- und Wildschadenhaftungen gemäß § 833, S. 1 und § 835 stellen sich somit als typische Fälle einer Gefährdungshaftung dar[6] und lassen sich unmittelbar an die Haftungen der Unternehmer für ihre Betriebsgefahren anreihen[7].

Bei einer Gefährdungshaftung ist derjenige, welchem die Vorteile des gefährdenden Betriebes zugute kommen, d. h. der Betriebsunternehmer, als solcher verpflichtet. Nicht kommt es auf sein Verschulden und seine Zurechnungsfähig-

---

4. Natürlich muß der Schaden sich als Folge der spezifischen Tiergefahr darstellen, doch darf man nicht von einem durch das Tierhalten adäquat verursachten Schaden sprechen, wie Litten es tut (S. 84 ff.).

5. zu Windscheid Bd. II, S. 953.

6. In dieser Erkenntnis darf uns die lex Treuenfels von 1908 (§ 833, S. 2) nicht beirren, welche für bestimmte Fälle den Exculpationsbeweis zuläßt und damit die Tierhalterhaftung an das Culpaprinzip anlehnt.

7. Insbes. denen des Reichshaftpflges. Vgl. ferner § 7 d. Automob.Ges. v. 09, wonach der „Halter des Fahrzeugs" haftbar ist. Vgl. Rümelin, Schadensersatz ohne Verschulden S. 8—12.

keit an. Ist etwa der Eigentümer einer Privateisenbahn[8] oder eines Automobils oder der eines großen Landgutes gestorben und hat seinen fünfjährigen Sohn als Universalerben hinterlassen, so fließen bei all diesen verschiedenen gefährdenden Unternehmungen deren Vorteile in das Vermögen dieses Knaben. Er „hält" die Luxustiere, das Automobil usw., nicht etwa der lediglich mit der Verwaltung des Vermögens betraute Vormund[9]. Der fünfjährige Gutsbesitzer ist der Jagdberechtigte, mag er auch ein Gewehr noch gar nicht abfeuern können; denn ihm kommen die Nutzungen dieser Betriebe um nichts weniger zustatten als dem Zurechnungsfähigen, da er gleich diesem Vermögensfähigkeit[10] hat. Infolgedessen unterliegt er auch wie der Zurechnungsfähige der Gefährdungshaftung der §§ 833, S. 1 und 835[11], und

8. Vgl. § 25 d. Pr. Eisenbahn-Ges. v. 3. XI. 1838 und die Entscheidungen des RG. über den Funkenflug in RG. 58, 134; 63, 376; JW. 07, S. 290; 1910, S. 581.

9. Kipp a. a. O. S. 953.

10. Kohler, Lehbr. Bd. II, § 183 a. E. meint, der Unzurechnungsfähige könne nicht „Träger einer Wirtschaft" sein; deshalb müßten hier die §§ 827—829 auf die Tierhalter- und Wildschadenhaftung Anwendung finden. In diesem Postulat liegt aber ein Bestreiten der Vermögensfähigkeit Unzurechnungsfähiger, welche wiederum ein Ausfluß der Rechtssubjektivität Unzurechnungsfähiger ist. Wir verweisen demgegenüber auf unsere Ausführung im § 4; vgl. zur Tierhalterhaftung auch Kipp a. a. O.

Die Kohlersche Ansicht ist aber auch in sich nicht logisch. Wenn der Unzurechnungsfähige nicht Tierhalter ist, so ist es eben der Vormund ,und es müßte alsdann dieser allein haftbar gemacht werden. Nicht aber kann hier eine subsidiäre Billigkeitshaftung des Unzurechnungsfähigen in Frage kommen, wo er weder der „Täter" eines Deliktes ist, noch der „Halter" des schädigenden Tieres sein soll.

11. Ebenso Oertmann 1 c zu § 833; Rümelin, Schadenszurechnung S. 64 ff.; Dernburg, Schuldverhältnisse § 396; Müller-Erzbach a. a. O. S. 393; Dittenberger S. 59 ff.; Müller a. a. O. S. 38, welcher richtig aus der engen Verknüpfung des § 829 mit dem Erfordernis des Verschuldens die Unanwendbarkeit dieses Para-

zwar ohne jede Einschränkung, weder die §§ 827/828 noch der § 829 finden Anwendung, weil, wie wir sahen, nicht ein Verschulden des Halters, sondern sein aktives Interesse an der Gefährdung Grundlage der Haftung ist[12].

Zusatz: Auf die Frage, ob man als Tierhalter haftet, hat demnach die Zurechnungsfähigkeit keinen Einfluß. Wohl aber auf die davon verschiedene Frage[13], ob man überhaupt Tierhalter ist. Wenn z. B. ein Geisteskranker durch einen nichtigen Kauf Luxustiere erwirbt, so wird er möglicherweise nicht deren „Halter" und haftet nicht für den durch sie angerichteten Schaden[14].

Wir sagten „möglicherweise". Denn es kann sehr wohl der Zustand des „Haltens" trotz Nichtigkeit des obligatorischen Kausalgeschäfts begründet werden. Wenn nämlich zum

---

graphen auf die Tierhalterhaftung erkennt und deshalb Vollhaftung des unzurechnungsfähigen Tierhalters verlangt. — A. M. v. Liszt a. a. O. S. 107/08 (ohne Begründung; und obgleich er zugibt, daß die Tierhalterhaftung nicht deliktischer Natur ist). Ferner Endedann Bd. II, § 202 Anm. 9 (vgl. aber Bd. I S. 1270 Anm. 37); ferner Kohler, vgl. die obige Anmerkung; früher auch Cosack § 166 I, 1 b, welcher sich jetzt der herrschenden Meinung angeschlossen hat. Vgl. 5, Aufl., S. 700.

12. Nicht unerwähnt möchte ich die witzige Bemerkung Dittenbergers (a. a. O. S. 60) gegen das Postulat der Deliktsfähigkeit des Tierhalters lassen; er sagt, daß bei Richtigkeit dieser Ansicht jeder, der einem Hunde begegnet, zweckmäßigerweise feststellen sollte, ob dessen Halter unzurechnungsfähig sei und bei Bejahung dieser Frage gut täte, „das Tier in großem Bogen zu umgehen".

13. Vgl. Oertmann, Anm. 3 f. zu § 833 und Cosack a. a. O. S. 700.

14. Vgl. Crome Bd. II, S. 1062, welcher nicht wie Weyl (S. 576 Anm. 1) und Staudinger Anm. 9a zu § 833 meinen — Deliktsfähigkeit des Tierhalters fordert, sondern nur davon spricht, wie die Unerheblichkeit des Willensentschlusses des Unzurechnungsfähigen bei der Anschaffung eines Tieres hindern kann, daß der Zustand des Haltens eintritt.

Tierhalten lediglich der Wille erforderlich ist, in eigenem Interesse durch Obdachs- und Unterhaltungsgewährung die Sorge für das Tier auf gewisse Zeit zu übernehmen[15], so kann der dieses Willens fähige Unzurechnungsfähige Tierhalter werden, trotzdem er einen rechtsgeschäftlichen Willen zu äußern nicht imstande ist, ähnlich wie er auch Besitz[16] erwerben kann, allerdings nicht nach § 854, Abs. II — weil seine Unfähigkeit zum rechtsgeschäftlichen Wollen die Nichtigkeit der Einigung herbeiführt, diesen derivativen Besitzerwerb also vereitelt.

Zum Tierhalter kann der Unzurechnungsfähige auch durch die Erwerbsakte seines Vormundes gemacht werden. Dieser kauft etwa für die Wirtschaft des Unzurechnungsfähigen Tiere an, erwirbt für ihn eine Jagdberechtigung oder kauft ihm ein Automobil. Dann macht er ihn — nolentem! — zum Halter dieser gefährdenden Betriebe: eine Oktroyierung, welche die Rechtsordnung billigt. Denn es liegt im Interesse des Wirtschaftsinhabers, daß ein lukrativer Betrieb trotz der ihn bealstenden Gefährdungshaftung aufrechterhalten bzw. neu begründet wird[17].

---

15. So Staudinger Anm. 5 zu § 833 im Sinne der reichsgerichtlichen Judikatur (vgl. Bd. 52, S. 117/18). — Mit Recht weist Müller-Erzbach (a. a. O. S. 390) darauf hin, daß die reichsgerichtliche Formulierung eine Erklärung der Gefährdungshaftung aus dem Moment des aktiven Interesses bedeutet. Vgl. Bd. 52, S. 117; Bd. 62, S. 79; Bd. 66, S. 1.

16. welcher zum „Halten" zwar nicht notwendig (wie Cosack a. a. O. S. 699 will), aber doch regelmäßig gehört. — Auf die diesbezüglichen Fragen kann hier nicht eingegangen werden, vgl. die bei Staudinger Anm. 5 b zu § 833 genannte Literatur.

17. Auch Crome a. a. O. billigt die Tierhalterhaftung des Unzurechnungsfähigen für den Schaden, den die vom Vormund angeschafften Tiere verursacht haben. Vgl. ferner Rümelin, Schadenszurechnung S. 64 ff.

§ 15.

§ 829 und die Haftung ohne Verschulden wegen zurechenbarer Betätigung nach § 231 und § 904 BGB. und ähnlichen Bestimmungen.

Wir stellten den Leitsatz auf: Unbeachtlichkeit des Quasiverschuldens in all jenen Fällen, wo der Eintritt der Haftung vom Schuldmoment unabhängig ist, Unanwendbarkeit des § 829 überall dort, wo die ihm zugrunde liegenden §§ 827/828 unanwendbar blieben. War der § 829 deshalb in den § 833, S. 1 und § 835 als Fällen reinerGefährdehaftungen auszuschließen, so muß dasselbe für eine andere Gruppe von Fällen gelten, in denen wegen zurechenbarer Betätigung ohne Rücksicht auf das Verschulden gehaftet wird. Hier haftet der unzurechnungsfähige Täter in vollem Umfange gleich dem zurechnungsfähigen; denn haftbegründend ist die auch ihm gegenüber mögliche[1] rein tatsächliche Zurechnung, nur zur Schuld kann ihm nicht zugerechnet werden; die Schuld aber ist in den betreffenden Fällen ohne Bedeutung.

Hierher gehören z. B. die Haftung wegen nur objektiv rechtswidriger Ueberschreitung der Selbsthilfe[2] (§ 231 BGB.) sowie wegen Erwirkung des Arrests oder der einstweiligen Verfügung (§ 945 ZPO.) oder der vorläufigen Vollstreckbarkeit (§ 717, II, ZPO.) im Falle nachheriger Aufhebung[3]; die Haftung wegen erlaubten Noteingriffs in fremdes Eigentum (§ 904 BGB)[4].

---

1. Vgl. oben S. 44 ff.
2. Vgl. Weyl a. a. O. S. 585 ff.
3. Vgl. ähnliche prozessuale Bestimmungen für die Vorbehaltsurteile der §§ 302, 600 und für die einstweilige Zulassung des vollmachtlosen Vertreters § 89 ZPO.
4. für deren Begründung es im Gegensatz zu § 228 BGB. S. 2 nicht darauf ankommt, ob die Gefahr von dem Handelnden verschuldet war oder nicht. Vgl. auch Kipp bei Windscheid Bd. I, S. 626.

Ferner die Fälle der Haftung bei unbefugter Ausgabe von Inhaberpapieren (§ 795, III); der Haftung für in Ausübung des Abholungsanspruchs angerichtete Schäden (§ 867); der Kosten- und Gefahrtragung dessen, der Vorlegung von Sachen oder Urkunden verlangt (§ 811, II); der Haftung des Verfolgers eines Bienenschwarmes (§ 962); endlich der Haftung des Gastwirts gemäß § 701[5].

Die Aufzeigung des Haftungsgrundes in diesen Fällen[6] ist nicht unsere Aufgabe. Wir müssen uns hier mit einem Hinweis auf die reiche Literatur[7] über den Schadensersatz ohne Verschulden" begnügen und konstatieren nur, daß die unbestreitbar erfolgte Ausscheidung des Schuldmoments in diesen Fällen auch die Heranziehung des § 829 inhibiert.

§ 16.

§ 829 und die deliktische Culpahaftung mit umgekehrter Beweislast nach §§ 833, S. 2, 834, 836—838, 839, 831, 832 BGB.

Wir kommen nunmehr auf Gruppen von Fällen zu sprechen, in denen die Haftung auf dem Schuldmoment beruht und folglich die Möglichkeit gegeben ist, daß die Quasiculpa (und damit § 829) relevant werde.

Und zwar wenden wir uns zunächst den noch nicht besprochenen Haftvorschriften des Rechts der unerlaubten

---

5. Wofern man dieser Haftung kontraktlichen Charakter abspricht und sie vielmehr lediglich aus der Tatsache der Einbringung folgen läßt (vgl. Oertmann, Anm. 3c zu § 701).

6. Auch die Gefährdehaftungsfälle der §§ 1 u. 2 Reichshaftpfl Ges.; § 148 Preuß. BergG. v. 1864; § 7 Kraftfahrzeug-Ges.; § 26 GewO.: werden in der Literatur hier angereiht.

7. Angeführt bei Enneccerus Bd. I, 6./8. Aufl. § 199 Lit. Anm. Hinzuzufügen ist noch die bereits mehrfach zitierte Rede von M. Rümelin, Schadensersatz ohne Verschulden (1910).

Handlungen zu. In Betracht kommen die §§ 833, S. 2, 834, 836—838, 839, 831 und 832. Sie alle beruhen auf dem Verschuldensprinzip[1], nur daß hier die Beweislast umgekehrt wie in den §§ 823—826 geregelt ist. Es ist eine widerlegliche Vermutung für das Verschulden des Täters aufgestellt. Wir sprechen hier kurz von deliktischer Culpahaftung mit umgekehrter Beweislast. Nicht nur die Zulassung des Exculpationsbeweises[2], sondern das ganze System der Deliktsobligationen im BGB.[3] läßt das Culpaprinzip als Grundlage auch dieser Haftbestimmungen hervortreten.

Beruhen aber diese Paragraphen auf dem Verschuldensprinzip, so kommen auch die Schuldausschließungsgründe der §§ 827 828 zur Anwendung, „am Schuldausschließungsgrund bricht sich die Schuldpräsumtion“[4,5] und die Heranziehung des auf den §§ 827 828 fußenden § 829 erscheint

---

1. Weyl a. a. O. S. 585 bezeichnet sie als „versteckte Anhänger des Verschuldensprinzips“.

2. Dadurch wird die Culpa als Haftungsgrund nicht minder wirksam anerkannt, als durch die Statuierung einer Haftung bei schuldhafter Verletzung subjektiver Rechte (§ 823, I ff.).

3. Vgl. oben § 3; die §§ 833, S. 1 und 835 sind die alleinigen Ausnahmen vom Culpaprinzip innerhalb des 25. Titels.

4. Oertmann, Anm. 6 zu § 836; vgl. ferner Dittenberger a. a. O. S. 63; Dernburg a. a. O. § 398; III, 3; v. Liszt a. a. O. S. 103; dieser erklärt die Haftung des Geschäftsherrn (§ 831 BGB.) für wirkliche Deliktshaftung, welche mithin entfalle, wenn dem Geschäftsherrn die Deliktsfähigkeit mangelt. Entsprechend sagt Kipp (a. a. O. S. 953 ff.), daß die §§ 827 28 dort Platz greifen, wo der Sorgfaltsbeweis die Haftung abwenden kann; eine falsche Maßregel bzw. Unterlassung könne dem Geschäftsherrn, dem Aufsichtspflichtigen, nicht zur Last fallen, wenn er in dem betreffenden Zeitpunkte unzurechnungsfähig war. Enneccerus § 466, VII, läßt die „Zurechnungsfähigkeit für die Fälle, in denen der Entlastungsbeweis zulässig ist, in Betracht“, kommen.

5. Oertmann 3 c zu § 831: „Wer nicht einmal für nachweisliches eigenes Verschulden haftbar ist, muß erst recht auch der Haftung für bloß vermutetes entgehen.“

von vornherein möglicher, als in den Gefährdehaftungsfällen der §§ 833, S. 1, 835, wo auch die §§ 827/828 erst gar nicht zur Anwendung gelangen können.

Daß aber deshalb § 829 „selbstverständlich auch hier anwendbar“[6] sei, kann nicht gesagt werden. Dagegen spricht zunächst der unzweideutige Wortlaut des Gesetzes, nach welchem sich § 829 nur auf die „in den §§ 823—826 bezeichneten Fälle“ bezieht. Somit kommt überhaupt nur eine analoge Anwendung des § 829 in Frage, deren Möglichkeit allerdings mit der allgemeinen Bemerkung, § 829 sei eine der Ausdehnung unfähige Sondervorschrift für die in den §§ 823—826 aufgezählten Tatbestände[7], nicht hinlänglich widerlegt ist[8]. Denkbar wäre immerhin, daß der Geist des Gesetzes eine Billigkeitshaftung Uezurechnungsfähiger in allen Fällen wahrhaft deliktischer Beschädigung verlangte[9].

So wollen denn auch einige Schriftsteller den § 829 in allen Fällen der deliktischen Culpahaftung mit umgekehrter Beweislast heranziehen[10]. Oder es wird die Heranziehung des § 829 wenigstens für einzelne dieser Fälle postuliert[11].

---

6. Oertmann 3c zu § 831.

7. In diesem Sinne das RG. in JW. 1910, S. 811 und 1903, Beil. S. 122; Bd. 74, S. 145; Crome Bd. 2 § 331 Anm. 24.

8. Schon um deswillen nicht, weil das Prinzip der Unanwendbarkeit des § 829 „auf andere Arten unerlaubter Handlungen“ (so RG. 74 a. a. O.) doch nicht konsequent durchgeführt werden kann: auf § 830, I z. B. ist § 829 sicherlich anwendbar (vgl. Bd. 74 a. a. O. und in JW. 1910, 810/11; Neumann, Komm. N. 7 zu § 829), und weil es sich hier um wirklich deliktische Handlungen handelt, deren Beruhen auf dem Culpaprinzip ja auch die durchaus nicht ohne weiteres für den ganzen Titel geltenden §§ 827/28 involviert.

9. Auf einem andern Blatt steht die de lege lata unerhebliche Forderung Ungers (a. a. O. S. 141) einer Billigkeitshaftung im Falle des gelungenen Sorgfaltsbeweises; vgl. oben § 3 über die Streichung des Abs. I des § 752, II. E.

10. Kipp a. a. O. S. 953 ff.; v. Liszt a. a. O. S. 103 ff.

11. Enneccerus 6./8. Aufl. für § 831 in § 459, III, 3, S. 656;

Doch wird diese Ansicht in der Regel nicht begründet. Nur Lang[12] sucht sie dadurch zu rechtfertigen, daß er sagt, alle Tatbestände, an die eine deliktische Haftung mit umgekehrter Beweislast anknüpft, stellten gleichzeitig einen Verstoß gegen solche Normen dar, welche Schutzgesetze im Sinne des § 823, II sind. Dadurch erschienen die betreffenden Tatbestände als Fälle des § 823, II und — auf die in § 823, II bezeichneten Fälle ist § 829 anwendbar.

Diese bestechende Konstruktion — welche vielleicht durch v. Liszts' Auffassung des § 839 angeregt worden ist[13] — ist jedoch abzulehnen.

Die Dienstvorschriften der Beamten etwa und die Aufsichtspflicht der Eltern über ihre Kinder (§ 1627 BGB.) kommen als Schutzgesetze schon deshalb nicht in Betracht, weil im Falle ihrer Verletzung die Rechtsfolgen durch besondere Regelung festgesetzt worden sind: eben durch die Vorschriften der §§ 832 und 839, der Gesetzgeber also mit der Festsetzung dieser besonderen Haftpflichten gänzlich überflüssige Arbeit getan hätte, wofern in der Tat die Dienst- und Beaufsichtigungspflichten Schutzgesetze wären, deren Verletzung bereits durch die Bestimmung des § 823, II geahndet wäre[14]! In unseren übrigen Fällen (§§ 831, 833, S. 2, 834, 836—838) ist ein zugrunde liegendes Schutzgesetz nicht zu ermitteln; somit könnten als Schutzgesetze höchstens diese Normen selbst erachtet werden, denn nur aus ihnen — nicht schon aus anderen Bestimmungen wie bei der Haftung der Beamten und Aufsichtspflichtigen — geht die zu befolgende Norm hervor. Daß diese Paragraphen nun „den Schutz eines

---

nicht mehr, wie früher, auch für §§ 836 ff. (Vgl. § 456, I, 5 in der 4./5. und 6./8. Aufl.)

12. a. a. O.

13. a. a. O. S. 44: § 839 „enthält eine Legalinterpretation der in § 823, II erwähnten Schutzgesetze . . .", dagegen Enneccerus § 457 Anm. 1 und Planck Anm. 1 zu § 839.

14. Vgl. in diesem Sinne RG. 53, 312.

anderen" bezweckten, ist nicht erwiesen[15], folgt insbesondere für die §§ 836 ff. nicht notwendig daraus, daß hier möglicherweise polizeiliche Vorschriften übertreten sind[16].

Die Anwendung des § 829 auf unsere Fälle ist aber nicht nur deshalb abzulehnen, weil die Begründung, dieselben seien Schutzgesetze, nicht überzeugend ist, sondern noch aus zwei weiteren Erwägungen. Einmal liegt bei den Delikten der §§ 823—826 der Schwerpunkt der Haftung in der Culpa des Täters, so daß man in diesem Sinne wohl sagen kann, es würde hier wegen des Verschuldens gehaftet. Bei dieser Erheblichkeit des Schuldmoments erscheint dann auch ein abnorm bestimmter Willensfehler (die Quasiculpa) zur Auslösung einer Schadensersatzpflicht noch geeignet. In den Fällen der §§ 831, 832 usw. ist dagegen das Schuldmoment in den Hintergrund getreten[17]. Das ersieht man aus der Umkehrung der Beweislast[18]: die Culpa ist nicht mehr die vom Kläger zu beweisende klagbegründende Tatsache, sie wird vielmehr widerleglich vermutet und ist damit zur exceptio gewissermaßen „degradiert". Ist aber die Culpa nicht der Hauptfaktor der Haftung, so kann anders als in den §§ 823 ff. eine Quasiculpa nicht mehr berücksichtigt werden.

---

15. Die Erörterung des Begriffes „Schutzgesetz" würde hier zu weit führen (vgl. darüber insbes. Detmold in der Festgabe für Regelsberger 1901). Wir begnügen uns, festzustellen, daß die betreffenden Paragraphen bislang niemals als Schutzgesetze in Anspruch genommen wurden (vgl. dazu die ausführliche Aufzählung der von Theorie und Praxis anerkannten „Schutzgesetze" bei Staudinger III, A, 2 zu § 823).

16. Gegen die Anwendung des § 829 auf die Fälle der Gebäudehaftung (§§ 836 ff.) auch Cosack S. 698.

17. Nicht etwa, daß es vollständig fortgefallen wäre; deshalb bleiben die §§ 827/28 anwendbar.

18. Rein äußerlich geht die Zurückdrängung des Culpamoments in diesen Haftungsfällen daraus hervor, daß mitten zwischen die betreffenden Vorschriften die vom Culpaprinzip überhaupt absehenden Gefährdehaftungen der §§ 833, S. 1 und 835 eingereiht sind.

Gegen die analoge Anwendung des § 829 auf unsere Fälle spricht weiterhin, daß § 829 durch seinen Hinweis auf die in den §§ 823—826 bezeichneten Tatbestände eine Billigkeitshaftung Unzurechnungsfähiger zunächst nur in solchen Fällen bestimmt, wo zwischen dem Schädiger und dem Verletzten keinerlei rechtliche Beziehung bestanden hat. Der Unzurechnungsfähige haftet, weil er gegen absolute Rechtsgebote verstoßen hat. Denn auch für ihn[19] gilt das Gebot, die subjektiven Rechte der Rechtsgenossen nicht zu verletzen (§ 823, I) oder dieselben in sittenwidriger Weise nicht zu schädigen (§ 826) usw.

Nicht aber kann der Unzurechnungsfähige für die Verletzung solcher Normen einstehen müssen, die erst auf dem Boden einer besonderen rechtlichen Beziehung entstehen, einer Beziehung, welche durch besondere rechtliche Dispositionen erst geschaffen wird. Es handelt sich hier um relative „abgeleitete“[20] Rechtspflichten; diese sind — wie Heinsheimer meint — durch die Unzurechnungsfähigkeit „in ihrer Kraft abgeschwächt“.

Weitere Frage: welches ist der Grund dieser Abschwächung? Antwort: es kann billigerweise derjenige, welcher Pflichten j e t z t nicht übernehmen kann, auch wegen Verletzung f r ü h e r gültig übernommener nicht haften. Darum allegiert auch § 276 den § 829 nicht, dessen analoge Ausdehnung aufs Vertragsrecht damit verhindernd (s. unten § 17).

Handelt es sich nun in den Fällen der deliktischen Culpahaftung mit umgekehrter Beweislast nicht um Verstöße gegen absolute Gebote, sondern gegen abgeleitete Rechtspflichten, ähnlich wie bei der Vertragsverletzung, so ist die Rechtsähnlichkeit dieser Fälle mit denen der §§ 823—826, für

---

19. Er ist „Normenadressat“; vgl. oben § 4.
20. So Heinsheimer a. a. O. S. 237.

welche § 829 ursprünglich Anwendung findet, zu verneinen und die analoge Ausdehnung des § 829 abzulehnen.

Und in der Tat: es handelt sich hier nur um solche abgeleiteten Pflichten. Ein Geisteskranker kann einen anderen nicht rechtsgültig zu einer Verrichtung bestellen (§ 831), er kann eine gesetzliche Vertretung nebst ihrer Aufsichtspflicht über den Mündel nicht übernehmen (§ 832), er kann sich zur Uebernahme der Pflichten eines Tierhalters (§ 834) oder eines Gebäudebesitzers (§ 838) nicht vertraglich verpflichten. Darum muß der Satz gelten: wenn er früher, als er noch geistesgesund war, derartige Rechtsgeschäfte vorgenommen hat, so wird er wegen der Verletzung der aus denselben abgeleiteten Pflichten nicht verantwortlich gemacht. Als solche Pflichten stellen sich aber nicht nur jene dar, die er seinem Kontrahenten gegenüber einging[21], sondern auch die, welche ihm das Gesetz Dritten gegenüber, aber lediglich auf Grund jener Rechtsgeschäfte auferlegt, wie z. B. die Ueberwachungs-, Leitungs-, Beaufsichtigungs-, Unterhaltungspflichten.

Hieraus ergibt sich die Unzulässigkeit der analogen Heranziehung des § 829 für die Fälle der §§ 831, 832, 834, 838, in denen die Verletzung solcher abgeleiteten Rechtspflichten Haftungsgrundlage ist.

Stellt freilich jene Pflichtverletzung zugleich eine deliktische Beschädigung des Dritten im Sinne der §§ 823 bis 826 dar, so kann der unzurechnungsfähige Täter gemäß § 829 haftbar werden.

Zweifel über die Unzulässigkeit der analogen Heranziehung des § 829 entstehen in den Fällen der Beamtenhaftung (§ 839), der Haftung für Haustiere gemäß § 833, S. 2 und der Gebäudehaftung nach den §§ 836 und 837.

Was die Beamtenhaftung anlangt, so kann man auch

---

21. Und von denen er gem. § 276 in Verbindung mit § 827 befreit ist (s. unten § 17).

hier sagen: wer jetzt nicht als Beamter angestellt werden würde und sich der Befolgung der Amtspflichten nicht unterwerfen könnte, der soll auch für Verletzungen früher gültig übernommener Amtspflichten nicht zur Verantwortung gezogen werden. Diese Pflicht ist abgeleitet aus jenem besonderen Rechtsakte der Anstellung, welcher dem nunmehr Unzurechnungsfähigen gegenüber nicht vorgenommen werden könnte.

Für die analoge Ausdehnung des § 829 auf § 839 ließen sich aber möglicherweise die Bestimmungen zweier neueren Gesetze anführen. Einmal § 1 des Reichsgesetzes über die Haftung des Reiches für seine Beamten vom 22. Mai 1910 (Reichsgesetzbl. 1910, S. 798):

> Verletzt ein Reichsbeamter (§ 1 des Reichsbeamtengesetzes) in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die im § 839 des BGB. bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten das Reich."

und nun Abs. II:

> „Ist die Verantwortlichkeit des Beamten deshalb ausgeschlossen, weil er den Schaden im Zustand der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit verursacht hat, so hat gleichwohl das Reich den Schaden zu ersetzen, wie wenn dem Beamten Fahrlässigkeit zur Last fiele, jedoch nur insoweit, als die Billigkeit die Schadloshaltung erfordert."

Sodann der vollkommen entsprechende § 1 des ein Jahr älteren preußischen Gesetzes über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt vom 1. August 1909 (Gesetzsammlung S. 691):

> „. . . so hat gleichwohl der Staat den Schaden zu ersetzen, wie wenn dem Beamten Fahrlässigkeit zur Last fiele, jedoch nur insoweit, als die Billigkeit die Schadloshaltung erfordert."

Man könnte nun gegen unsere Auffassung sagen, daß diese Bestimmungen eine authentische Interpretation des § 839 enthielten, nach welcher in den Fällen der Bewußt-

losigkeit usw. (§§ 827, 828 BGB.) an sich den Beamten selbst eine subsidiäre Billigkeitshaftung gemäß § 829 BGB. treffe; denn der Staat (bzw. das Reich) trete nur an seine Stelle, übernehme nur die an sich dem Beamten selbst obliegenden Pflichten, und die gewissermaßen abgeleitete Natur dieser staatlichen Haftung lasse erkennen, daß die Billigkeitshaftung an sich den Beamten träfe.

Die Voraussetzung eines derartigen Einwandes, daß nämlich der Staat die Haftpflicht der Beamten in eben derselben Beschaffenheit, wie sie diesen gemäß § 839 obliegt, übernehme, wäre jedoch unzutreffend; es können deshalb aus den genannten Gesetzen Rückschlüsse auf die Auslegung des § 839 ohne weiteres nicht gemacht werden. Wäre es doch auch geradezu unbegreiflich, daß das Reich wie Preußen sich jedes Regreßanspruches gegen den unzurechnungsfähigen Beamten begeben[22] sollte, wenn in der Tat bei Vorliegen der Schuldausschließungsgründe an und für sich den Beamten selbst eine Billigkeitshaftung gemäß § 829 treffen könnte!

Auch die analoge Bestimmung des Bayrischen Ausführungsgesetzes zum BGB., Art. 61 wäre bei dieser Auffassung[23] unverständlich. Der Artikel lautet:

> „Ist ein Beamter des Staates, einer Gemeinde, oder eines anderen Kommunalverbandes für einen Schaden . . . deswegen nicht verantwortlich, weil er sich im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befunden hat, so kann der Beschädigte von dem Staate oder dem Verbande Schadensersatz verlangen."

---

22. § 2 des Reichsges.; § 3 d. Preuß. Ges.: „Das Reich (der Staat) kann von dem Beamten Ersatz des Schadens verlangen, den es durch die in § 1, I bestimmte Verantwortlichkeit erleidet" — also per argumentum e contrario: nicht im Falle des § 1, II!

23. Auch das Bayrische Ausführungsgesetz gebraucht, wie die erwähnten Gesetze, die Wendung, daß „die im § 839 BGB. bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten den Staat" treffen solle. (Art. 60 des Bayr. AusfG.)

Denn wenn ein Beamter auf Grund der §§ 827/828 nicht verantwortlich ist, so konnte ihn niemals jene nunmehr dem Bayerischen Staate obliegende Vollhaftung treffen.

Die Haftung des Staates erscheint vielmehr als eine selbständige, welche nur eine „naheliegende Konsequenz“[24] aus § 829 zieht. Mithin steht die Festsetzung einer staatlichen Haftung für den Fall der Amtspflichtverletzungen durch einen unzurechnungsfähigen Beamten unserer Auffassung von der Unanwendbarkeit des § 829 auf § 839 nicht im Wege[25].

Stellt die Amtspflichtverletzung freilich eine gleichzeitig unter die §§ 823—826 fallende unerlaubte Handlung dar[26], so kann § 829 in Betracht kommen.

Bei der lex Treuenfels (§ 833, S. 2) ist die Unanwendbarkeit des § 829 aus dem Gesichtspunkt der „abgeleiteten Rechtspflicht“ nicht erklärbar; denn diese Haftung ist an die bloße Tatsache des Tierhaltens geknüpft, nicht an Rechtspflichten, welche erst aus einem vertragsähnlichen Rechtsakt abgeleitet sind[27]. Wir müssen uns mit dem Argument begnügen, daß sich in den bisher besprochenen Fällen der deliktischen Culpahaftung mit umgekehrter Beweislast der Ausschluß des § 829 aus dem Gesichtspunkt der „abgeleiteten Rechtspflicht“ als innerlich gerechtfertigt nachweisen ließ. Ist also § 833, II unter diese Culpahaftungen eingereiht, so muß die Frage der Anwendung des § 829 hier in gleichem Sinne wie bei jenen Culpahaftungen entschieden werden[28].

---

24. So Gierke in DJZ. 1909, S. 19.

25. Auch das Reichsgericht ist trotz der Gesetze von 1909/10 dabei geblieben, daß § 829 auf den Fall des § 839 nicht analog ausgedehnt werden kann (vgl. Bd. 74, S. 145).

26. Die Möglichkeit dieser Konkurrenz ist nicht unbestritten (vgl. Reimer, JW. 1912, S. 981 ff. und die dort angeführte Literatur).

27. Vgl. oben S. 87/88.

28. Daß das Gefährdehaftungsprinzip des § 833, S. 1 nicht auch für die im S. 2 des § 833 bezeichneten Falle aufrecht erhalten blieb, mag man bedauern. Durch die Anknüpfung an die Culpahaftung entfällt nun hier für den unzurechnungsfähigen Tierhalter

Entsprechendes gilt für die gleichfalls zweifelhaften Fälle der §§ 836 37[29]. Unbilligkeiten werden bei der Gebäudehaftung wie bei der Tierhalterhaftung des § 833, S. 2 dadurch vermieden, daß der unzurechnungsfähige Grundstücks- bzw. Wirtschaftsbesitzer gewöhnlich einen gesetzlichen Vertreter hat. Diesen allein treffen die Verpflichtungen zur Instandhaltung der Gebäude und zur Beaufsichtigung der Tiere: Pflichten, welche sich aus der dem gesetzlichen Vertreter übertragenen Vermögensverwaltung ergeben und deshalb aus dem Kreise der Pflichten des Unzurechnungsfähigen ausgeschieden sind, ebenso wie die anderen den Hausbesitzer treffenden sog. „Zwangspflichten“[30], z. B. Sandstreuen, Treppenbeleuchtung usw. Bei diesen dem gesetzlichen Vertreter allein obliegenden Pflichten kommt eine Haftung des Unzurechnungsfähigen überhaupt nicht in Frage[31].

---

jede Haftung. — Es kann aber § 829 nicht als Korrektiv benutzt werden gegenüber jener systematisch wohl nicht gerechtfertigten Einreihung der Fälle des § 833, S. 2 unter die der Culpahaftung mit umgekehrter Beweislast.

29. Auch die Gebäudehaftung folgt nicht aus einem dem Unzurechnungsfähigen verschlossenen vertragsähnlichen Uebernahmeakt, sondern aus dem Zustande des Besitzes. Den Besitz — so könnte man nun einwenden — kann aber auch ein Unzurechnungsfähiger, wenigstens originär begründen.

Praktisch dürfte freilich ein originärer Besitzerwerb an Immobilien durch Unzurechnungsfähige kaum vorkommen, — daß sich etwa ein geisteskranker Schwärmer im herrenlosen Wüstenland ein Haus baut. Der derivative Besitzerwerb ist die Regel, und dieser erfolgt regelmäßig in Begleitung eines dinglichen Vertrages. Im Falle des § 837 ist die vertragliche Grundlage des die Haftung begründenden Besitzes evident. Mithin läßt sich für die Mehrzahl der Fälle die Haftung des Gebäudebesitzers aus dem Gesichtspunkt der „abgeleiteten Rechtspflicht“ erklären: wer sich jetzt nicht den Besitz übertragen lassen kann, soll auch für die aus dem Besitz Dritten gegenüber sich ergebenden Pflichten nicht einstehen.

30. So Linckelmann a. a. O. S. 110; Crome Bd. II, S. 1046; Planck Anm. 2a zu § 829; vgl. auch Motive Bd. II, S. 734.

31. Trotzdem er Besitzer bzw. Halter ist; ebenso wie der Zu-

§ 17.

§ 829 und die generelle Haftung des Schuldners nach § 276 BGB., insbesondere in Vertragsverhältnissen.

Der Gesichtspunkt der Unanwendbarkeit des § 829 bei Verletzung bloß „abgeleiteter" — nicht absoluter — Rechtspflichten verbot die analoge Ausdehnung des § 829 auf die Fälle der deliktischen Culpahaftung mit umgekehrter Beweislast. Derselbe Gesichtspunkt muß erst recht die Frage der analogen Ausdehnung des § 829 auf Vertragsverhältnisse in negativem Sinne entscheiden.

Dies Ergebnis wird auch äußerlich durch die Fassung des § 276 gestützt, welcher die Haftung für alle Obligationen generell bestimmt: § 276 spricht nämlich dem Verschuldensbegriff eine ausnahmlos technische Form zu, indem er zwar die §§ 827/828 heranzieht, den § 829 aber nicht. Durch untrügliches argumentum e contrario folgt somit bereits aus diesem Schweigen die Unzulässigkeit der analogen Verwendung des § 829 in außerdeliktischen Schuldverhältnissen, insbesondere in Verträgen[1]. Ein redaktionelles Versehen ist im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte des § 829 ausgeschlossen[2].

---

rechnungsfähige von der Haftung nach §§ 836, 833, S. 2 möglicherweise befreit sein wird, wenn in dem Abschluß eines Haftpflichtübernahmevertrages mit einem Dritten (§§ 834, 838) die von ihm exculpationis gratia zu beweisende Sorgfalt gesehen wird (vgl. Planck Anm. 4 zu § 838). Dieses besonderen Vertrages ist der Unzurechnungsfähige dadurch überhoben, daß das Gesetz für ihn einen bestimmt verpflichteten gesetzlichen Vertreter vorsieht.

1. Vgl. den Aufsatz d. Verf. in JW. 1913, S. 295.

2. Vgl. Prot. Bd. II, S. 591: „Dagegen könne der § 709 a (jetzt § 829), der eine mit der Besonderheit der widerrechtlichen Schadenszufügung zusammenhängende Rechtsfolge festsetze, nicht mitzitiert werden. . . . Die Kommission erklärte sich mit diesen

Der innere Grund dieser Regelung ist wiederum der Gedanke, wer bestimmte rechtliche Dispositionen jetzt nicht treffen (insbesondere Verträge nicht schließen) kann, soll auch wegen Verletzung früher wirksam abgeschlossener nicht haften, weil die verletzte Norm erst auf Grund dieser Disposition entstand (lex contractus). So lehnt auch die herrschende Lehre die Anwendung des § 829 in Vertragsverhältnissen ab[3].

Stellt diese Verletzung freilich gleichzeitig einen deliktischen Tatbestand dar, so kommen deliktsrechtliche Grundsätze zur Anwendung: die dem Deliktsrecht eigentümliche Quasiculpa wird relevant, § 829 kann Anwendung finden.

Hieraus erhellt der praktische Wert der Anspruchskonkurrenz für die Fälle deliktischer Verletzung der Vertragspflichten durch einen unzurechnungsfähigen Vertragsteil[4]. Wenn der Mieter einer Wohnung — durante obligatione — wahnsinnig wird, so bleibt dem Vermieter zwar die Vertragsklage auf Zahlung des Mietszinses erhalten, nicht aber kann er mit einer Schadensersatzklage durchdringen, wenn der Mieter die Wohnung durch Demolieren verschlechtert oder mit der Zahlung des Mietszinses in Verzug gerät (denn zum Verzug gehört technische Culpa). Ebensowenig kann er auf Grund des § 554 wegen zweimaligen Verzuges mit der Exmissionsklage durchdringen. Nun stellt aber möglicherweise das Demolieren der Räume nicht nur eine vertragswidrige, sondern zugleich eine gegen absolute Normen

---

Ausführungen einverstanden.“ Vgl. dazu Klein, Seuff. Bl. Bd. 73, S. 313/14, Anm. 23.

3. Die vollkommene Haftfreiheit des Unzurechnungsfähigen ist übrigens im Vertragsrecht praktisch weniger gefährlich, als sie es im Deliktsrecht wäre, weil die Geschäfte des Unzurechnungsfähigen normalerweise sein gesetzlicher Vertreter wahrnimmt und für dessen Verschulden wiederum dank der Sondervorschrift des § 278 der Unzurechnungsfähige selbst einsteht.

4. Diese Anspruchskonkurrenz ist freilich nicht unbestritten.

verstoßende (rechtswidrige) Handlung dar, etwa eine quasi-vorsätzliche Eigentumsverletzung (§ 823, I); es kann auch die Zahlung des Mietszinses in der Absicht, den Vermieter in sittenwidriger Weise zu schädigen (§ 826), unterblieben sein. Das als Vertragsverletzung nicht zu ahndende Verhalten des unzurechnungsfähigen Mieters kann in seiner Eigenschaft als unerlaubte Handlung gemäß § 829 gesühnt werden.

Der Vermieter würde demnach mit der Vertragsklage abgewiesen werden, mit der Deliktsklage aber möglicherweise durchdringen.

Die Haftfreiheit des Unzurechnungsfähigen in contractu hat ihren inneren Grund — wie wir sahen — in seiner incapacitas contrahendi. Es erscheint mithin unrichtig, wenn die analoge Heranziehung des § 829 nicht nur innerhalb bestehender Vertragsverhältnisse, sondern darüber hinaus auch bei Vertragsabschlüssen des contrahendi incapax gefordert wird, wofern nämlich die Unzurechnungsfähigkeit dem Geschäftsgenossen unerkennbar war[5].

Durch § 276 ist der Verschuldensbegriff generell im Sinne der technischen Culpa normiert. Folgt nun daraus der Ausschluß des § 829 für alle außerdeliktischen Schuldverhältnisse, nicht nur für die Verträge, wo er aus dem Gesichtspunkt der abgeleiteten Rechtspflicht innerlich gerechtfertigt erschien? Meines Erachtens nicht ohne weiteres. Vielmehr ist bei den einzelnen außerdeliktischen Culpahaftungen stets jene Prüfung vorzunehmen, welche wir für die Fälle der deliktischen Culpahaftung mit umgekehrter Beweislast und der Haftung in Vertragsverhältnissen ein-

---

5. Ueber dieses hier nicht zu verfolgende Seitenthema vgl. meinen Aufsatz in der JW. 1913, S. 291 ff.; außer der dort genannten Literatur vgl. noch Rabel a. a. O. S. 165 sowie Rümelins „Geisteskranke im Rechtsgeschäftsverkehr", neuerdings Krückmann im „Recht" 1913.

treten ließen: ob nämlich in dem betreffenden Falle die Haftung ihre innere Rechtfertigung in der schuldhaften[6] Verletzung einer absoluten — an alle Rechtssubjekte erlassenen — Norm hat, oder in der Verletzung einer relativen Norm, welche nur für solche Rechtssubjekte gilt, die auf Grund einer bestimmten rechtlichen Disposition bestimmte Sonderpflichten übernommen haben. Letzterenfalls Ausschluß des § 829, wofern die Vornahme jener rechtlichen Disposition Zurechnungsfähigkeit erfordert.

Außerhalb des Rechts der unerlaubten Handlungen sind nun die Beziehungen, in denen Verschulden in Frage kommt, regelmäßig relative Pflichtbeziehungen im Sinne dieser Ausführung, mit anderen Worten vertragsähnliche, nicht deliktsähnliche[7]. Deshalb findet in der Regel § 829 außerhalb des 25. Titels des 2. Buches BGB. allerdings keine Anwendung[8].

6. Wo — wie in den oben §§ 14, 15 besprochenen Fällen — die Haftung unabhängig vom Verschulden eintritt, haftet der Unzurechnungsfähige in gleicher Weise wie der Zurechnungsfähige. Die §§ 827/28 sind unanwendbar, ebenso der auf ihnen beruhende § 829.

7. Wenn freilich die Verletzung der vertragsähnlichen, „abgeleiteten" Rechtspflicht gleichzeitig einen der in den §§ 823/26 bezeichneten Deliktstatbestände darstellt, so kann § 829 relevant werden. Praktischer Wert der Anspruchskonkurrenz!

8. Aus besonderen rechtlichen Dispositionen abgeleitet erscheint das Einstehenmüssen wegen Verschuldens nicht nur im zweiten Buch des BGB. (außerhalb des 25. Titels), also insbesondere bei Verzug und Unmöglichkeit der Leistung, sowie in den einzelnen Schuldverhältnissen, sondern auch in den andern Büchern des BGB. So ist z. B. in den sachenrechtlichen Vorschriften der §§ 1039, I, 2, 1243, II die zugrunde liegende Verpflichtung aus dem ususfructus undund pignus, also aus dem dinglichen Vertrage abgeleitet. In den familienrechtlichen Beziehungen der §§ 1568 S. 1, 1787, I, 1833, I, 2 erscheinen als vertragsähnlicse Haftungsgrundlage die familienrechtlichen Beziehungen Ehe und Vormundschaft. Das Verschulden des Vorerben und des Testamentsvollstreckers in den erbrechtlichen §§ 2134, S. 2 und 2219 verletzt gleichfalls Normen, die aus bestimmten rechtlichen Dispositionen abgeleitet sind.

Zweifeln könnte man bei dem Verschulden des mit der rei vindicatio belangten Besitzers, welcher gemäß § 989 dem Eigentümer für alle nach Rechtshängigkeit „infolge seines Verschuldens" entstandenen Verschlechterungen aufzukommen hat und von diesem Zeitpunkte an wegen der schuldhaft nicht gezogenen fructus percipiendi zum Schadensersatz verpflichtet ist. Meines Erachtens bleibt nun ein unzurechnungsfähiger Vindikationsbeklagter schlechthin haftfrei (§ 829 ist unanwendbar). Zwar ist seine Beziehung zum Eigentümer nicht vertragsähnlich im obigen Sinne, sondern folgt aus der bloßen Tatsache des Besitzes. Andererseits ist durch die Sondervorschrift des § 992 die Auffassung der Beziehung als einer deliktischen — für welche dann § 829 anwendbar wird — ausdrücklich auf die Fälle eingeschränkt, wo der Besitz durch eine strafbare Handlung oder verbotene Eigenmacht erlangt ist, für die Regelfälle also unstatthaft.

§ 18.

§ 829 und die Kompensation des § 254 BGB. wegen mitwirkenden Verschuldens.

Einen Ausnahmefall, wo der § 829 auch außerhalb des Titels der unerlaubten Handlungen relevant wird, repräsentiert § 254.

Im Verhältnis dieser beiden Paragraphen ist zunächst klar, daß eine Kompensation stattfindet, wenn der von einem unzurechnungsfähigen Täter verletzte Zurechnungsfähige selbst seine Beschädigung mitverschuldet hat und nun der unzurechnungsfähige Täter gemäß § 829 schadensersatzpflichtig wird: alsdann ist von dem nach Billigkeitsermessen bestimmten Schadensersatz noch ein der schuldhaften Mitverursachung durch den Beschädigten entsprechender Teil abzuziehen. § 1308 des österreichischen a. BGB.[1] und § 44

1. § 1308: „Wenn Wahn- oder Blödsinnige, oder Kinder

des ALR[2] ließen in diesem Falle die Billigkeitshaftung des unzurechnungsfähigen Täters überhaupt zessieren.

Wie aber ist es im umgekehrten Falle: ein Unzurechnungsfähiger ist durch das Delikt eines Zurechnungsfähigen geschädigt worden, hat aber die ihm zugefügte Beschädigung quasi-schuldhaft mitverursacht; kommt hier § 829 zu seinen Lasten dahin zur Anwendung, daß ihm sein Ersatzanspruch wegen der Quasiculpa-concurrens gekürzt wird? Die Frage ist meines Erachtens zu bejahen.

Auszugehen ist davon, daß das im § 254 erhebliche Mitverschulden des Beschädigten, jenes „Verschulden gegen sich selbst“[3] — sei es nun eine Abart des „Verschuldens gegen andere“ oder nicht —, nach den für dieses geltenden Vorschriften zu behandeln ist[4].

---

jemanden beschädigen, der durch irgendein Verschulden hierzu selbst Veranlassung gegeben hat, so kann er keinen Ersatz ansprechen.“

2. ALR. I, 6, § 44, wiedergegeben oben S. 16.

3. Ueber den Wert dieses von Zitelmann (Allg. Teil S. 166 ff.) aufgestellten Begriffes ist hier nicht zu handeln. Er wird nur vereinzelt in Abrede gestellt (so von Gottschalk a. a. O. S. 77/83 und Weyl a. a. O. § 68).

Die hier stattfindende Erweiterung des Verschuldensbegriffes „über seinen ursprüngichen Anwendungskreis hinaus soll in dem spezifischen Werturteil liegen, welches das Verhalten „gemißbilligt“ erscheinen lasse, ohne daß es objektiv oder subjektiv rechtswidrig sei, da ja eine Rechtspflicht zum Andershandeln fehle“ (Zitelmann a. a. O.); ihm folgend Traeger, Kausalbegriff S. 329 ff.).

4. Das Verhalten beim „Verschulden gegen sich selbst“ muß ein solches sein, welches „Verschulden“ wäre, „wenn es in fremden Angelegenheiten betätigt würde“ (Kipp zu Windsch. Bd. I, S. 527). — Wir haben auch hier wieder einen untechnischen Culpabegriff, dessen Begrenzung durch den technischen gegeben ist. Wie es beim Quasiverschulden des Unzurechnungsfähigen hieß: die Handlung müßte, von einem Zurechnungsfähigen begangen, schuldhaft sein, so hier: die Handlung müßte, gegen einen andern begangen, schuldhaft sein. — Vgl. auch v. Liszt, Deliktsobl. S. 82: „Verschulden im technischen Sinne mit abgeschwächten Inhalt.“

Daraus folgt aber nun keineswegs, daß die Culpa-concurrens des § 254 immer technisch (Verschulden eines Zurechnungsfähigen) sein müsse, daß sie mit anderen Worten schlechthin durch den Verschuldensbegriff des § 276 bestimmt würde[5].

Vielmehr hatten wir ja beim „Verschulden gegen andere" erkannt, daß der technische, den § 829 ausschließende Culpabegriff lediglich innerhalb der vertragsähnlichen Beziehungen herrscht, wo es sich um abgeleitete, für den Unzurechnungsfähigen nicht verbindliche Rechtspflichten handelt. Innerhalb der vertragsähnlichen Beziehungen ergibt sich denn allerdings aus der Uebertragung der beim Verschulden gegen andere geltenden Sätze auf die Culpa-concurrens des § 254 die Unzulässigkeit der Aufrechnung beim Mitverschulden eines geschädigten Unzurechnungsfähigen. Hat der Unzurechnungsfähige einen vertraglichen Schadensersatzanspruch erlangt, so braucht er sich diesen nicht um deswillen kürzen zu lassen, weil er die Vertragsverletzung seines Gegners quasi-schuldhaft mitverursacht hat. Wer wegen seiner incapacitas contrahendi haftfrei bleibt, wenn e r den anderen Vertragsteil schädigt, kann erst recht nicht wegen quasi-culposer Mitverursachung einer Schädigung verantwortlich gemacht werden, die der Vertragsgegner i h m zufügt.

Beim (Quasi-) Verschulden gegen andere ist der Unzurechnungsfähige für seine Verletzungen vertraglicher Pflichten zwar nicht verantwortlich, wohl aber für seine Delikte; denn hier verstößt er gegen absolute — auch an ihn gerichtete — Normen und wird deshalb gemäß § 829 haftbar. Entsprechend muß auch beim „Verschulden gegen sich selbst"

Weyl a. a. O. S. 296 ff.: „Ein der Mißbilligung unterworfenes Verhalten, das immerhin eine Parallele zu den Begriffen „Vorsatz und Fahrlässigkeit" ergibt." Traeger S. 329: „Auf diesen erweiterten Schuldbegriff finden die Begriffsmerkmale des eigentlichen Verschuldens im Rechtssinne entsprechende Anwendung."

5. Dann wäre die Heranziehung des § 829 unzulässig.

innerhalb einer deliktischen Beziehung die quasi-culpose Mitverursachung durch den geschädigten Unzurechnungsfähigen beachtlich sein. Wo das „Verschulden gegen andere" nicht notwendig das Moment der Zurechnungsfähigkeit enthält, kann dieses Moment auch dem „Verschulden gegen sich selbst" fehlen.

Wird mithin ein Unzurechnungsfähiger in deliktischer Weise geschädigt, so muß er sich seine Quasiculpa-concurrens nach Maßgabe des § 829 anrechnen lassen.

Die Norm: „Du sollst den dich treffenden Schaden nicht vorsätzlich oder fahrlässig selbst mitverursachen" — erscheint innerhalb der vertragsähnlichen Beziehung als abgeleitete Rechtspflicht. Denn, wer einen Vertrag nicht schließt, an den richtet sich auch nicht diese Norm, ebensowenig wie das primäre Verbot, den Vertragsgegner nicht zu schädigen. Darum bleibt der contrahendi incapax voll haftfrei, er ist weder für seine Vertragsverletzungen verantwortlich, noch für das Verschulden gegen sich selbst, im Falle, daß er vom Gegner in vertragswidriger Weise beschädigt wird. Auch hier wird in den Fällen, wo der Unzurechnungsfähige einen gesetzlichen Vertreter hat, eine etwaige Härte dadurch vermieden, daß der Unzurechnungsfähige für die Culpa-concurrens des Vertreters einsteht. § 254, II, 2 zieht ausdrücklich den § 278 heran[6].

Im Deliktsrecht hingegen ist das Verbot der Selbstbeschädigung eine absolute Rechtspflicht, ebenso wie die, den anderen nicht zu schädigen; denn sie folgt nicht aus einer rechtlichen Disposition. Der Schädiger und der verletzte Selbstbeschädiger standen vor dem Delikt in gar keiner bestimmten rechtlichen Beziehung, aus der diese Verbotsnorm abgeleitet werden könnte. Der Selbstbeschädiger verstößt mithin ebensowenig gegen abgeleitete Rechts-

6. Darüber, daß dieser Hinweis sich auf den ganzen § 254 bezieht (bestritten!), vgl. Staudinger Anm. 5 zu § 254.

pflichten wie der Schädiger; handelt dieser deliktisch, so handelt jener deliktsähnlich: er verstößt gegen die absolute Norm: „Du sollst den von einem anderen dich treffenden Schaden nicht mitverschulden[7].“

Wir resumieren: Das Verschulden des Selbstbeschädigers im Falle des § 254 ist entsprechend dem Verschulden gegen andere in vertragsähnlichen Beziehungen notwendig technische Culpa, hier bleibt mithin § 829 außer Anwendung. Hingegen ist untechnische Culpa zur Kompensation dann geeignet (§ 829 relevant), wenn der Selbstbeschädiger in deliktischer Weise geschädigt wurde. Ob die Beziehung vertraglich oder deliktisch ist, wird also durch das Verhalten des Gegners des Selbstbeschädigers bestimmt.

Darin liegt nicht eine „Ausdehnung der Sonderbestimmung des § 829“[8], sondern lediglich die Durchführung des spezifisch deliktrechtlichen Culpabegriffs. Wie aber diese Quasiculpa beim Verschulden des Unzurechnungsfähigen gegen andere nur unter bestimmten Voraussetzungen (Subsidiarität, Billigkeitserfordernis usw.) relevant wird, so sind diese ganz bestimmten Voraussetzungen auch für die Berücksichtigung der Quasiculpa-concurrens des Selbstbeschädigers notwendig[9]. Deshalb wird das untechnische Mitverschulden des Kindes, welches in die Pferde des Wagens hineinrennt, gemäß § 254 in Verbindung mit § 829 nur dann berücksichtigt, wenn die sämtlichen Voraussetzungen des § 829 (Subsidiarität, Billigkeit usw.) vorliegen.

---

7. Oder: „Du sollst einen andern nicht dadurch schädigen, daß du durch vorsätzliches oder fahrlässiges Mitverursachen seiner gegen dich gerichteten deliktischen Handlung eine Haftpflicht über ihn heraufbeschwörst!“ So gefaßt erscheint das Selbstverschulden des § 254 zugleich als „Verschulden gegen andere,“ und es wird nunmehr noch deutlicher, daß es in der Beziehung zu einem Vertragsgegner technisch sein muß, nicht aber einem deliktisch handelnden Dritten gegenüber.

8. Wie Gottschalk a. a. O. S. 81 meint.

9. a. M. M. Rümelin s. unten S. 115 Anm. 17.

Auch beim „Verschulden gegen sich selbst“ sehen wir wieder die praktischen Folgen der Klagenkonkurrenz. Ein Mieter beschädigt die Mietssache in deliktischer Weise. Dann erwachsen dem Vermieter sowohl die Vertragsklage wie die Deliktsklage. Ist der Vermieter nun unzurechnungsfähig und trifft ihn eine Culpa-concurrens, so wird sein gesetzlicher Vertreter zweckmäßig den Ersatzanspruch ex contractu, nicht den ex delicto geltend machen. Denn ersterenfalls ist dem Gegner eine Aufrechnung gegen die untechnische Culpa-concurrens nicht gestattet, wohl aber im zweiten Fall (bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 829). Die herrschende Meinung erklärt den § 829 auf § 254 für schlechthin unanwendbar[10]. Die Zurechnungsfähigkeit des Selbstbeschädigers wäre wie beim „Verschulden gegen andere“ essentiell[11]. Wir versuchten nachzuweisen, daß die ausnahmslose Heranziehung des § 276 zur Bestimmung des Schuldbegriffs ungerechtfertigt ist.

Das Reichsgericht folgt der herrschenden Meinung mit der Begründung[12], daß der rechtswidrige Eingriff in ein fremdes Rechtsgebiet ein vergeltungsbedürftigeres Geschehnis sei als das von jemandem an sich selbst begangene Un-

---

10. So das Reichsgericht Bd. 51, S. 275; Bd. 54, S. 410; Bd. 59, S. 221; in JW. 1903, Beil. S. 122, Nr. 270 (= Sächs. Arch. Bd. 14, S. 364); in JW. 1903, Beil. S. 101, Nr. 228; OLG. Dresden in Seuff. Arch. Bd. 66, S. 442.

Lippmann (in Seuff. Bl. Bd. 72, S. 1070) bedauert diese Judikatur, ohne Hoffnung, daß sie sich einmal ändere.

Aus der Theorie vgl. Planck Anm. 2 zu § 254; Cosack § 90, V, 2b; Dernburg § 384 Anm. 16; Schollmeyer, Komm. Anm. 3 zu § 254; Linkelmann a. a. O. S. 59; v. Liszt, Deliktsobl. S. 81/82; Gottschalk a. a. O. S. 69 ff.; wohl auch Kipp zu Windscheid Bd. II, S. 64, 70/71, welcher fürs „Verschulden gegen sich selbst“ Schuldfähigkeit verlangt (§§ 827/28 anwendbar) und den § 829 nicht erwähnt. — Weitere Literatur s. bei Weyl a. a. O. S. 297/98.

11. In diesem Sinne auch Zitelmann a. a. O. S. 169.

12. Vgl. Komm. RGR. Anm. 1 zu § 829.

recht, das eine objektive rechtswidrige Handlung gar nicht darstelle.

Bei dieser Auffassung ist es jedoch inkonsequent, wenn das Reichsgericht für einen Fall Aufrechnung nach Billigkeitsermessen wünscht, nämlich dann, wenn auch der Schädiger nur gemäß § 829 hafte!

Eine Konzession an unsere Theorie ist auch die Wendung, § 829 sei zwar auf § 254 nicht anwendbar, aber aus der ratio legis des § 254 folge die Notwendigkeit, ein objektiv unvorhersehbares Verhalten des Unzurechnungsfähigen zu berücksichtigen[13].

Die Berücksichtigung der Culpa-concurrens eines Unzurechnungsfähigen suchte man übrigens schon vor dem BGB. bei der Anwendung des Reichshaftpflichtgesetzes aus der „Billigkeit, welche überhaupt die Rücksicht auf das eigene Verschulden zum Rechtssatz erhoben hat"[14], zu erklären, oder man bezeichnete auch das unvorsichtige Verhalten von Kindern als vis maior, für welche die Eisenbahn nicht einzustehen habe.

Zu einem dem unseren ähnlichen Ergebnis kommen diejenigen Ansichten, welche das Erfordernis der Deliktsfähigkeit „im Hinblick auf § 829" fallen lassen[15].

---

13. Vgl. Staudinger Anm. 2 d zu § 254; ähnlich Titze (Unmöglichkeit S. 138), welcher auch bei schuldlosem Mitverursachen durch den Verletzten § 254 anwenden will, wofern dadurch der Schaden „den Charakter des Regelwidrigen" erhält. Vgl. auch Anm. 25 a. a. O.

14. So Wendt a. a. O. S. 181.

15. So Oertmann Anm. 2 e zu § 254 (im Gegensatz zu seinen früheren Aeußerungen) erklärt es als „petitio principii", die „an sich doch rein tatsächliche Möglichkeit eines Verschuldens an eine besondere Verschuldungsfähigkeit zu knüpfen." Aehnlich auch Pfizer in DJZ. 1904, S. 712 ff.; Litten a. a. O. S. 103/104. — Die Möglichkeit des tatsächlichen Selbstverschuldens i. S. des § 254 bejaht für Kinder auch Eckstein (a. a. O. S. 646 ff.). Vgl. ferner Kohler (Lehrb. II, 1, § 47, S. 138) sowie Traeger, dessen Stel-

Im Sinne unserer Ausführung wird die Analogie zu § 829 für die Culpakompensation empfohlen von Enneccerus[16], während M. Rümelin[17], über unsere Forderung hinausgehend, ohne Analogieschluß den untechnischen Culpabegriff in § 254 anwenden will; dadurch wird er jedoch zu der — schlechthin abzulehnenden — Konsequenz gedrängt, daß für die Beachtung des Selbstverschuldens eines Unzurechnungsfähigen die Voraussetzungen der Subsidiarität, der Vermögensverhältnisse usw. wegfielen, so daß der Unzurechnungsfähige für sein Selbstverschulden vollauf (also strenger) einsteht, während er bei seinem „Verschulden gegen andere" nur beschränkt haftet.

---

lungnahme S. 334 a. a. O. undeutlich ist, und deshalb von den Autoren verschieden beurteilt wird, welcher aber S. 342 a. a. O. ausdrücklich sagt, daß in Fällen mutwilliger oder objektiv grobfahrlässiger Selbstbeschädigung die Haftung des Gegners gem. § 829 auszuschließen oder zu beschränken sei (vgl. auch S. 340). — In demselben Sinne Krückmann a. a. O. S. 198/99. — Für die Verwendbarkeit des § 829 in § 254 erklärt sich auch Höchster (a. a. O. S. 432), trotzdem er das Culpaprinzip nicht als Grundlage des § 829 anerkennt.

Vgl. aus der Judikatur das Reichsgericht in JW. 1906, S. 55, Nr. 6, wo es von dem gewöhnlichen Grundsatz abweichend sagt: „Die Frage mag offen bleiben, ob nicht die Bestimmung des § 829 sich mit dem Grundsatz des § 254 in Verbindung setzen ließe und dadurch unter Umständen eine etwaige Unbilligkeit ausgeglichen werden könnte." — Auch das LG. Karlsruhe (in Bad. Rechtspraxis 1901, S. 202) sowie das OLG. Stuttgart (in Württ. Jahrb. Bd. 16, S. 273/74) halten die Verantwortlichkeit für Selbstbeschädigung im Hinblick auf § 829 für völlig gerechtfertigt.

16. „Jedoch kann nach Analogie des § 829 aus besonderen Gründen auch die Mitverursachung des Schadens durch den unzurechnungsfähigen Geschädigten in Betracht kommen, wenn die bebesonderen Voraussetzungen des § 829 vorliegen," (§ 236, 1 a) und dazu in § 44, I, 2 a der Satz, daß die Analogie innerhalb des engeren Prinzips, das dem singulären Rechtssatz zugrunde liegt, gestattet sei.

17. In Arch.Civ.Prax. Bd. 90, S. 316/17.

Endlich wird das Erfordernis der Deliktsfähigkeit des Selbstbeschädigers auch von jener Ansicht fallen gelassen, welche im Falle des § 254 von einem Verschulden des Selbstschädigers überhaupt absieht und nur in der vorwiegenden Verursachung den Grund der Kompensation sieht[18 19]. Hier wird also beim unzurechnungsfähigen Selbstbeschädiger in gleicher Weise wie beim zurechnungsfähigen kompensiert.

§ 19.

§ 829 und die Haftung wegen verschuldeten Notstandes nach § 228, S. 2 BGB.

In Verfolg der zu § 254 im Verhältnis zu § 829 entwickelten Gedanken kommen wir zu einer analogen Ausdehnung des § 829 auf den Fall des § 228, S. 2, welcher für die Notstandshandlung bestimmt: „Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadensersatz verpflichtet."

Die Frage, ob der Unzurechnungsfähige einen Notstand „verschulden" kann, ist ebensowenig wie die, ob er im Sinne des § 254 schuldhaft mitverursachen kann, mit dem Hinweis auf § 276 in negativem Sinne erledigt.

Vorerst ein Beispiel: Ein reicher Junge von sechs Jahren reizt in mutwilliger Weise einen Hund, so daß dieser wütend

---

18. So Endemann, Bd. I, § 132, 1 b; Bienenfeld in Seuff. Bl. Bd. 68, S. 493/94; Crome Bd. I, § 111, Z. 1 und Anm. 15: „Das Wort ‚Verschulden' in § 254, das überhaupt hier juristisch nicht paßt, ist also im weiteren nicht technischen Sinne zu nehmen. Wie man im Leben sagt, der Verletzte war „schuld daran', bedeutet es die Verursachung."

19. Die Kritik dieser Auffassung würde hier zu weit führen, sie scheint mir aber dem Wortlaut des § 254, welcher ein mitwirkendes Verschulden, d. h. eine mitwirkende schuldhafte Handlung des Selbstbeschädigers ausdrücklich verlangt, zu widersprechen.

auf ihn losgeht. Läßt er sich nun geduldig beißen, so muß er sich — nach den soeben dargelegten Sätzen — seinen Schadenersatzanspruch gegen den Tierhalter (aus § 833, S. 1)[1] kürzen lassen (§ 829 in Verbindung mit § 254). Wenn er dagegen im Notstande den wütenden Hund niedersticht, so soll er dem Eigentümer des Hundes keinerlei Ersatz leisten? Das geht nicht an. Ein billiges Ergebnis wäre vielmehr: Schadensersatzpflicht des Notstandshandelnden nach Maßgabe des § 829.

Meines Erachtens ist nun in der Tat die analoge Heranziehung des § 829 auch rechtlich geboten. Denn die quasischuldhafte Herbeiführung des Notstandes stellt nicht die Verletzung einer aus besonderen rechtlichen Dispositionen „abgeleiteten" (vertragsähnlichen) Rechtspflicht dar, sodaß der technische Verschuldensbegriff des § 276 zugrunde gelegt werden müßte. Bestanden doch vor dem Zeitpunkt der Notstandslage zwischen dem im Notstande Handelnden und dem durch die Notstandhandlung Geschädigten keinerlei Rechtsbeziehungen. Vielmehr verstößt hier der Notstandshandelnde gegen die absolute Norm: „Bringe dich nicht in eine Lage, in welcher dir oder einem anderen durch eine fremde Sache Gefahr droht." Aehnlich wie bei der Culpaconcurrens des § 254[2] läßt sich auch diese gleichsam ein „Verschulden gegen sich selbst" verbietende Norm zu einem Verbot eines „Verschuldens gegen andere" umwandeln: „Bringe dich nicht in eine Lage, in welcher du die Sachen eines anderen möglicherweise beschädigst und in welcher du über diesen anderen möglicherweise Schadensersatzpflichten (z. B. gemäß §§ 833, 836 ff.) heraufbeschwörst."

Die Verletzung einer solchen absoluten Norm ist ein deliktsähnliches Verhalten, § 829 mithin analog anwendbar[3].

---

1. Im Fall des § 833, S. 2 wird dem Tierhalter vielleicht der Exculpationsbeweis gelingen.

2. Vgl. oben S. 112 Anm. 7.

3. Ebenso im Ergebnis Kipp bei Windscheid Bd. I, S. 625;

Eine unmittelbare Anwendung des § 829 — etwa wegen Sachbeschädigung — ist freilich unstatthaft, da auch die verschuldete Notstandshandlung mangels ihrer Rechtswidrigkeit[4] nicht Delikt ist.

Titze, Notstandsrechte S. 115; v. Liszt, Deliktsobligationen S. 93; Endemann Bd. I, § 85 a Anm. 26.

4. Vgl. dazu Endemann a. a. O.; Staudinger Anm. 9 d zu § 228.

Besonderer Teil.

§ 20.

Bestand und Umfang des Anspruchs aus § 829 BGB.

Nachdem wir die Haftungsgrundlage des § 829 sowie seine Stellung im System des BGB. besprochen haben, sind nunmehr die Besonderheiten dieses Anspruchs darzulegen[1].

Der objektive Tatbestand ist in den §§ 823—826 gegeben[2], über den subjektiven — die Quasiculpa — haben wir ausführlich gehandelt.

Wir haben den Anspruch als deliktsrechtlichen gekennzeichnet. Im Gegensatz zu den anderen Ansprüchen ex delicto entsteht er aber regelmäßig nicht mit der Tat[3], sondern erst, wenn eine weitere Voraussetzung erfüllt ist, welche wir mit Schwartz als „Eintritt der negativen Bedingung" bezeichnen können: es muß nämlich der Ersatz des Schadens von einem aufsichtspflichtigen Dritten nicht erlangt werden können[4].

Als primären Anspruch bei deliktischer Schadens-

---

1. Für die folgenden Abschnitte ist hauptsächlich auf die Monographie von Schwartz über das Billigkeitsurteil des § 829 zu verweisen.

2. bzw. für die beiden Fälle analoger Anwendung in den §§ 254, 228.

3. So allein Dernburg, § 384 Anm. 15.

4. Die Beweislast dieser zum Kraggrund gehörigen Tatsache trifft den Kläger.

zufügung durch einen Unzurechnungsfähigen erwirbt der Verletzte den Schadensersatzanspruch gegen den Aufsichtspflichtigen gemäß § 832 BGB. Erst wenn er mit diesem Anspruch nicht zum Ziele gelangt, erwächst ihm subsidiär der Anspruch gegen den unzurechnungsfähigen Schädiger selbst gemäß § 829.

Die Unmöglichkeit, vom Aufsichtspflichtigen Ersatz zu erlangen, kann eine rechtliche oder eine tatsächliche sein. Ersteres dann, wenn dem Aufsichtspflichtigen der Exculpationsbeweis gemäß § 832, I, 2 gelingt[5] (und im Falle eines voraufgegangenen Prozesses das von ihm erstrittene, die Klage abweisende Urteil rechtskräftig ist). Eine rechtliche Unmöglichkeit liegt ferner dann vor, wenn der unzurechnungsfähige Täter zur Zeit der Tat keinen gesetzlichen Vertreter (oder sonstigen Aufsichtspflichtigen) hatte. In diesem Sonderfall entsteht der Anspruch mit der Tat, jedoch ist Entstehungsgrund auch hier nicht die Tat als solche, sondern der Eintritt der negativen Bedingung (nicht-Ersatz-erlangen-können), nur daß dieselbe bereits zur Zeit der Tat vorliegt.

Auch die tatsächliche Unmöglichkeit, Ersatz zu erlangen, wird vom BGB.[6] als die den subsidiären Anspruch auslösende negative Bedingung erachtet. Sie liegt vor, wenn der Aufsichtspflichtige zwar gemäß § 832 zur Schadensersatzleistung verurteilt wurde, die Zwangsvollstreckung aber fruchtlos verlaufen ist.

Schwartz[7] hat weitergehend außer der „negativen Bedingung" auch das Vorliegen der objektiven Billigkeitsvoraussetzung zur Entstehung[8] des Anspruchs verlangt[9]. Es

---

5. Sei es, daß er seiner Aufsichtspflicht genügt hat, sei es, daß er sie zwar vernachlässigte, der Schaden aber auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden wäre.

6. Anders z. B. das Portugiesische Recht s. oben S. 22.

7. a. a. O. S. 26 ff.

8. Ihm folgend läßt Oertmann (Recht 1900, S. 27) nicht nur das „Wieviel", sondern das „Ob" der Obligation von den Billigkeits-

müssen danach die beiderseitigen Vermögensverhältnisse und sonstigen Umstände — gleichzeitig mit der Unmöglichkeit, vom Aufsichtspflichtigen Ersatz zu erlangen — derartige sein, daß die Billigkeit einer Schadloshaltung erfordert, wobei denn auch wieder das beneficium competentiae zugunsten des unzurechnungsfähigen Täters zu berücksichtigen ist. Da nun die beiderseitigen Vermögensverhältnisse dem Wechsel unterworfen sind und die Festlegung eines bestimmten Zeitpunktes für ihre Prüfung willkürlich, mithin unzulässig sein würde, so müsse man folgerichtig sagen, daß der Anspruch selbst variabel sei, daß er in buntem Wechsel sich erzeuge, verändere und beendige. Der Anspruch könne bei der Tat vorhanden sein und zur Zeit der Aburteilung fehlen, es könne aber auch ein zur Zeit des Urteils gegebener Anspruch hinterher wegfallen, wenn nämlich die der Billigkeitserwägung zugrunde liegenden Verhältnisse sich änderten. Dann gebe es trotz der Rechtskraft des Urteils eine condictio ob causam finitam.

Dem ist nicht beizustimmen; vielmehr sind die objektiven Billigkeitsvoraussetzungen[10] nicht haftungsbegründend, sondern lediglich haftungsbegrenzend.

Das ergeben zunächst die historischen Vorbilder des § 829 im österreichischen a. BGB.[11] und im ALR. In letzterem

---

voraussetzungen abhängen. Ebenso im Kommentar (Anm. 2 b, γ zu § 829) unter Uebernahme der Schwartzschen Konstruktion von der Veränderlichkeit des Anspruchs; ferner Staudinger (7./8. Aufl. Engelmann) Anm. 2 C zu § 852 und Engelmann in Festschrift für Binding 1911, Bd.I, S. 230/31; wohl auch Masur a. a. O. S. 91.

9. Die von Schwartz ferner ventilierte Frage, ob der Anspruch aus § 829 gar erst mit der rechtskräftigen Verurteilung des Unzurechnungsfähigen entstehe, ist (mit Schwartz selbst) zu verneinen. Es ist nicht der geringste Anhalt dafür, warum dieses gewöhnliche Leistungsurteil konstitutiven Charakter tragen sollte.

10. Die Beweislast — nicht für „die Billigkeit" — sondern für die Tatsachen, auf die der Richter sein Billigkeitsermessen abstellt, trifft den Kläger.

11. Vgl. oben S. 15 ff. § 1310 gibt nicht einen „Billigkeits-

fehlt überhaupt die allgemeine Abstellung auf die Billigkeit; vielmehr statuieren die §§ 41 und 42 einen an sich voll wirksamen Schadensersatzanspruch des Verletzten, dem gegenüber dem Unzurechnungsfähigen im § 43 die Einrede des Notbedarfs[12] eingeräumt ist.

Auch der Wortlaut des § 829 spricht für unsere Ansicht, daß die Billigkeitsvoraussetzungen haftungsbegrenzend sind. Denn es soll der unzurechnungsfähige Täter „den Schaden insoweit ersetzen, als die Billigkeit . . . eine Schadloshaltung erfordert". Mit „insoweit als" bezeichnet das Gesetz nun immer den Umfang eines als bestehend vorausgesetzten Rechtsverhältnisses, nie die Bedingung für die Entstehung eines solchen. Zur Bezeichnung der Entstehungsvoraussetzungen werden vielmehr die Worte „wenn" und „(in)sofern" verwendet. So heißt es im § 829 selbst inbezug auf die negative Bedingung „sofern der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann . . ." Um die Bedeutung des „insoweit als" richtig zu würdigen, vergleiche man etwa folgende Bestimmungen des BGB.: §§ 320, II; 323, II; 478, I; 509, II; 628, I, 2; 820, II; 161, S. 1.

Mit der hier vertretenen Ansicht über die lediglich umfangsbegrenzende Natur der Billigkeitsvoraussetzungen stimmen überein M. Rümelin[13], Kipp[14], Höchster[15], Bruns-

---

anspruch", sondern den gewöhnlichen Anspruch „auf den ganzen Ersatz", welcher aber auf Grund richterlicher Erwägungen einschränkbar ist auf „einen billigen Teil desselben".

12. Das beneficium competentiae des § 829 ist keine „Einrede" im technischen Sinne, sondern eine von Amtswegen zu berücksichtigende rechtsverneinende Tatsache, für die den Beklagten die Beweislast trifft. — Vgl. dazu Crome Bd. II, S. 1046, sowie Kipp zu Windscheid Bd. II, S. 116. — Eine Untersuchung dieses Kompetenzeinwandes würde hier zu weit führen.

13. Schadensersatz ohne Verschulden S. 54 Anm. 1: „Billigkeit nur als Modifikation einer an sich begründeten Haftung."

14. a. a. O. Bd. II, S. 116.

15. a. a. O. S. 427.

wig[16] sowie das Reichsgericht[17], wenn es die Klage auf Feststellung des Anspruchs aus § 829 zuläßt, bevor das Billigkeitserfordernis gegeben ist[18]. Der Ausschluß der Verantwortlichkeit des Täters und der Mangel der Realisierbarkeit des Anspruchs gegen den Aufsichtspflichtigen erscheinen damit als die unerläßlichen wesentlichen Voraussetzungen des Anspruchs, welche die Feststellungsklage hinreichend fundieren, obwohl eine Verurteilung zur Leistung erst beim Hinzutritt „weiterer Umstände" erfolgen kann, die den Anspruch vom Billigkeitsstandpunkt rechtfertigen. Außerdem — so meint das Reichsgericht — liege die Gefahr vor, daß die dreijährige Verjährungsfrist des § 852 sonst verstreiche[19].

Die Frage nach der Verjährung des Anspruchs ist mit der nach seiner Entstehung aufs engste verbunden; denn „die Verjährung beginnt mit der Entstehung des Anspruchs" (§ 198 BGB.).

Während die Frage nach dem Beginn der Verjährung im Fall des § 829 verschieden beantwortet wird, herrscht Einigkeit über die Art der in Anwendung kommenden Verjährung dahin, daß der Anspruch aus § 829 nach den Grundsätzen des Deliktsrechts verjährt, daß § 852, nicht § 195, zur Anwendung kommt[20 21].

---

16. a. a. O. S. 148.

17. Komm. v. RGR. Anm. 5 a. E. zu § 829.

18. RG. im „Recht" 1910 Nr. 3343; dasselbe ausführlicher in Ztschr. f. Rechtspfl. in Bayern, 1910, S. 383/84.

19. Weil nämlich — so muß man ergänzen — der Anspruch mit der negativen Bedingung entsteht und drei Jahre nach deren Eintritt verjährt. Darum darf die Feststellungsklage nicht so lange versagt bleiben, wie die Leistungsklage mangels der „weiteren Umstände" abgewiesen werden würde.

20. Vgl. die Kommentare zu § 852; vgl. ferner Crome Bd. II, § 340, 1 b, S. 1086; sowie das RG., zuletzt im Bd. 78, S. 205.

21. Die im § 852 weiterhin bestimmte dreißigjährige Frist läuft von der „Begehung der Handlung" an. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß der Anspruch mit der Tat entstehe; denn diese absolute Frist hat mit der Entstehung des Anspruchs nichts

Das ist für unsere Auffassung des § 829 als einer echt deliktischen Haftungsvorschrift auch gar nicht anstößig.

Für den Beginn der Verjährung könnte man zunächst mit Dernburg den Zeitpunkt der Tat entscheiden lassen; dann wäre der Anspruch drei Jahre nach der Tat verjährt.

Diese Meinung wird von Engelmann[22] fälschlich auch Kipp imputiert, und zwar auf Grund folgender Sätze[23]: „Es gibt nicht einen besonderen Anspruch auf Grund des § 829, sondern der Anspruch aus der unerlaubten Handlung bleibt trotz der Unzurechnungsfähigkeit, soweit die Billigkeit es verlangt, nach näherer Maßgabe des § 829 aufrecht. Dies ist wichtig für die Verjährung."

Engelmann liest aus dieser Bemerkung folgendes heraus: „Nach Kipp richtet sich also die Verjährung im Falle des § 829 lediglich danach, ob der Anspruch verjährt ist, der gegen den Täter (abgesehen vom Mangel seiner Verantwortlichkeit) nach §§ 823—826 begründet wäre . . .; hiernach könnte die dreijährige Verjährungsfrist des § 852 schon in einem Zeitpunkt abgelaufen sein, in welchem der Rechtsstreit gegen den aufsichtspflichtigen Dritten (von dessen negativem Erfolg die Entstehung des Anspruchs aus § 829 abhängt!) noch gar nicht rechtskräftig erledigt ist. . . ."

Das ist meines Erachtens ein völliges Mißverständnis. Die kurze Bemerkung Kipps will nichts weiter sagen als: § 829 ist nicht eine besondere obligatio ex lege, sondern ein Anspruch aus unerlaubter Handlung — gewissermaßen eine replicatio des Klägers gegen die exceptio aus den

---

zu tun: sie läuft z. B. auch dann von der Tat an, wenn der Schaden (und damit der Anspruch) erst Jahre nach der Tat entstand. (Vgl. dazu Staudinger-Engelmann 2, C, a und 2 B zu § 852 und insbes. Engelmann in der Festschr. f. Binding S. 222—229; auch Enneccerus Bd. I, § 464 Anm. 7. — a. M. freilich Komm. RGR. Anm. 5 zu § 852.)

22. a. a. O. Anm. 71/74.

23. In der Festschrift für Gierke (Rechtsverletzung) Bd. II, S. 9 insbes. Anm. 1.

§§ 827/828 —; darum gilt für ihn die dreijährige Verjährung des § 852, nicht die dreißigjährige des § 195. Kipp hätte in diesem Sinne etwa auch sagen können, daß die §§ 848 bis 851, § 853 auf § 829 Anwendung finden können. Damit behauptet er aber nicht, daß § 829 der Anspruch des § 823 selbst sei, betont er doch vielmehr deutlich, daß er den § 829 als Anspruch aus unerlaubter Handlung „nach Maßgabe des § 829" aufgefaßt wissen will, daß also die Besonderheiten des § 829 trotz seines Zusammenhangs mit den Bestimmungen der §§ 823—826 bestehen bleiben.

Diejenigen, welche mit Schwartz die Billigkeitsvoraussetzungen für haftungsbegründend erachten, lassen die dreijährige Frist des § 852 erst von dem Zeitpunkt an laufen, wo neben der negativen Bedingung auch die objektiven Billigkeitsvoraussetzungen vorliegen. Denn vorher bestände ja gar keine Ersatzpflicht und der Verletzte könne die Person des unzurechnungsfähigen Schädigers noch nicht als die „Person des Ersatzpflichtigen" kennen[24].

Hiergegen verweisen wir auf unsere obigen Ausführungen, nach welchen die Billigkeitsvoraussetzungen für die Entstehung des Anspruchs nicht erforderlich sind. Nach unserer Auffassung erkennt also der Verletzte in dem unzurechnungsfähigen Täter „die Person des Ersatzpflichtigen" bereits dann, wenn er weiß, daß er vom Aufsichtspflichtigen Ersatz nicht erlangen kann[25].

---

24. In diesem Sinne Engelmann a. a. O. S. 231. — Wenn er weiterhin sagt, es kämen nur solche Umstände in Betracht, die für den Bestand des Anspruchs, nicht auch solche, die für dessen Umfang maßgebend sind," so ist das innerhalb seiner Theorie von der haftungsbegründenden Natur der Billigkeitsvoraussetzungen nicht verständlich. Denn nach dieser besteht der Anspruch doch überhaupt nur dann, wenn er eine gewisse Höhe erreicht, nämlich über 0 ist; er müßte also auch dem Bestande nach bejaht oder verneint werden, je nachdem der quantitative Faktor (der von den „Umständen" bestimmte Umfang) vorliegt oder fehlt.

25. So wohl auch das Reichsgericht in Bayr. Rechtspflege a. a. O.

Die dreijährige Frist läuft vom Eintritt der negativen Bedingung an. Wenn die Klage gegen den Aufsichtspflichtigen etwa erst vier Jahre nach der Tat rechtskräftig abgewiesen wurde, so verjährt der Anspruch aus § 829 nach weiteren drei Jahren, also sieben Jahre nach der Tat. Wenn aber in demselben Fall die Billigkeitsvoraussetzungen später als drei Jahre nach der Rechtskraft des Urteils eintreten, so ist der Anspruch aus § 829 bereits verjährt; nicht etwa erst nach weiteren drei Jahren seit Eintritt der Billigkeitsvoraussetzungen[26].

Im einzelnen folgt aus der entscheidenden Bedeutung der „negativen Bedingung":

1. Bei ihrem Vorliegen:

a) wenn die Billigkeitsvoraussetzungen schon früher vorhanden waren, so entsteht der Anspruch gleichwohl erst mit dem Eintritt der negativen Bedingung.

b) Wenn die Billigkeitsvoraussetzungen fehlen — mögen sie auch früher einmal vorhanden gewesen sein —, so ist zwar dennoch der Anspruch existent (actio nata), aber sein Umfang ist gleich Null. Die Feststellungsklage ist erfolgreich, die Leistungsklage ist abzuweisen. Sobald die Billigkeitsvoraussetzungen wieder zur negativen Bedingung hinzutreten, ist der Anspruch voll wirksam.

2. Im Falle ihres Fehlens.

Hier ist trotz Vorliegens der objektiven Billigkeitsvoraussetzungen jede Klage aus § 829 abzuweisen.

a) Es mangelt aber an der negativen Bedingung, wenn von dem Aufsichtspflichtigen Ersatz erlangt werden kann, und das kann der Fall sein, obwohl die auf Grund des Urteils aus § 832 gegen ihn durchgeführte Zwangsvollstreckung fruchtlos ausgefallen ist: nämlich dann, wenn er etwa hinterher Vermögen erworben hat. Der Richter im Prozesse gegen den Unzurechnungsfähigen hat eine Aufbesserung in den

26. Wie Engelmann a. a. O. S. 232 will.

Vermögensverhältnissen des Aufsichtspflichtigen ex officio zu berücksichtigen und bei ihrem Vorhandensein die Klage aus § 829 abzuweisen.

b) Das Vorliegen der negativen Bedingung ist hingegen auch dann anzunehmen, wenn im Vorprozeß gegen den Aufsichtspflichtigen die Klage des Verletzten (aus § 832) zu Unrecht abgewiesen wurde. Der Richter im Prozesse gegen den Unzurechnungsfähigen darf die Richtigkeit der im Vorprozesse (gegen den Aufsichtspflichtigen) getroffenen Entscheidung nicht anzweifeln. Denn die Rechtskraft des klagabweisenden Urteils im Vorprozesse wirkt zwischen dem Verletzten und dem Aufsichtspflichtigen dahin, daß zwischen ihnen unbestreitbar feststeht: der Verletzte hat von dem Aufsichtspflichtigen Schadensersatz nicht zu verlangen. Diese Rechtskraftwirkung „inter partes" hat der Richter des Nachprozesses als eine Tatsache hinzunehmen, infolge deren der Verletzte den Ersatz nicht erlangen kann.

3. Zu beachten ist endlich folgendes: Wird die Klage aus § 829 wegen Aufbesserung der Vermögensverhältnisse des Aufsichtspflichtigen abgewiesen (Ziffer 2a) und wird in dem neuen Vollstreckungsverfahren gegen diesen der Verletzte wieder nicht befriedigt, so gewinnt der zur Zeit der ersten Klage gegen den Unzurechnungsfähigen verhaltene Anspruch aus § 829 seine alte Kraft. Die negative Bedingung ist wieder eingetreten, und es beginnt damit die dreijährige Frist des § 852 aufs neue zu laufen. Man darf nicht etwa sagen, daß mit der rechtskräftigen Abweisung der ersten Klage aus § 829 der Bestand des Anspruchs schlechthin verneint sei. Jene Abweisung war nur eine Abweisung „zur Zeit"; und es kann deshalb die Rechtskraft des Urteils der erneuten Geltendmachung ebensowenig entgegenstehen wie in den Fällen, wo eine Klage auf Grund der Einwendungen der Vorausklage[27], der Stundung oder des Nichteintritts der

27. Das Recht des Unzurechnungsfähigen gegen den Verletzten, darauf, daß dieser erst den Aufsichtspflichtigen in An-

rechtsgeschäftlich gesetzten Bedingung abgewiesen wurde.

Die als haftbegrenzend charakterisierten Billigkeitsvoraussetzungen müssen – gleicherweise wie die negative Bedingung des nicht-Ersatz-erlangen-könnens — zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung gegeben sein[28]. Es kann daher das Billigkeitsurteil des § 829 möglicherweise gegen einen geistig gesunden bzw. erwachsenen Täter ergehen.

Zur Illustration des Gesagten diene folgendes Beispiel:

1. II. 1905:	Mutwillige Brandstiftung des sechsjährigen Jungen.
1. X. 1905:	Eintritt der negativen Bedingung (die Klage gegen den Aufsichtspflichtigen auf Grund gelungenen Exculpationsbeweises rechtskräftig abgewiesen), Entstehung des Anspruchs aus § 829 als eines u n bedingten, aber in der Höhe noch unbestimmten, die dreijährige Verjährungsfrist beginnt zu laufen.
10. XI. 1905:	Klagerhebung gegen den Unzurechnungsfähigen.
15./27. XII. 1905:	Eintritt der objektiven Billigkeitsvoraussetzung: der Knabe macht eine Millionenerbschaft bzw. der Geschädigte verarmt.
3. I. 1906:	Der Täter wird sieben Jahre.
20. I. 1906:	Letzte mündliche Verhandlung: der Klage aus § 829 wird stattgegeben.

Z u s a t z: Objekt jener Billigkeitserwägung — welche

---

spruch nehme, hat mit der Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB.) starke Aehnlichkeit.

28. Während bezüglich der Unzurechnungsfähigkeit der Zeitpunkt der Tat entscheidet; denn die §§ 827/28, deren Anwendung Voraussetzung der Anwendung des § 829 ist, schließen die Verantwortlichkeit wegen bestimmter Zustände bei Begehung der Handlung aus.

als „Blankett von gewaltiger Bedeutung in der Hand des Richters“ bezeichnet worden ist[29], sind die Vermögensverhältnisse[30] und auch[31] die sozialen Verhältnisse der Beteiligten. Dagegen kann der höhere oder geringere Grad der Unzurechnungsfähigkeit sowie die besondere Art der Ausführung der Handlung nicht als „Umstand“, der die Schadloshaltung erfordert, berücksichtigt werden. Diese Faktoren sind bei der Frage nach der Quasiculpa zu prüfen[32].

§ 21.

Die Fragen der Rechtskraft des „Billigkeitsurteils“ und der Gläubigeranfechtung bei Veränderung der Billigkeitsvoraussetzungen nach dem Urteil bzw. zwischen Tat und Urteil.

1. Jene Ansicht, welche die Billigkeitsvoraussetzungen des § 829 für haftungsbegründend erachtet[1], kommt notwendig zu dem Schluß, daß der Anspruch selbst, ebenso wie jene ihn begründenden Verhältnisse, dem steten Wechsel unterworfen und überhaupt auf einen festen Zeitpunkt nicht abstellbar, vielmehr „variabel“ sei, wenn man ihn nicht gar in eine Reihe verschiedener selbständiger Ansprüche mit nur gemeinsamem Entstehungsgrund auflösen müsse. Aehnlich wie die Unterhaltsansprüche des Familienrechts, die sich

---

29. So Eck, Vorträge S. 606. Die Seltenheit der Klagen aus § 829 hat diese erhoffte Entfaltung richterlicher Macht nicht wirksam werden lassen.

30. Nach Kipp a. a. O. Bd. II, S. 116, wird die Billigkeitserwägung auch zwei durch den Kompetenzeinwand nicht gedeckte Umstände beachten: nämlich die bloße „Gefährdung“ des Unterhalts und die Entziehung der Mittel zur Erfüllung anderer, als gesetzlicher Unterhaltspflichten.

31. In diesem Sinne Oertmann Anm. 2b zu § 829; vgl. auch Enneccerus § 449, I, 1, d.

32. Vgl. oben S. 75.

1. Insbesondere Schwartz a. a. O.

fortdauernd in jedem Augenblick neu erzeugen[2]. Jedes Billigkeitsurteil aus § 829 entscheide nur für den gegenwärtigen Zeitpunkt. Wenn sich später die zugrundeliegenden Vermögensverhältnisse änderten, so stünde der erneuten Klage aus § 829 die Rechtskraft des früheren Billigkeitsurteils nicht entgegen. Bei jeder Veränderung zugunsten des Verletzten ließe sich ein neues Urteil erstreiten, bei jeder Aenderung zugunsten des Täters könne die Schadensersatzleistung ob causam finitam kondiziert werden. Definitiv werde die Urteilsfeststellung somit erst nach Ablauf der dreißigjährigen Frist des § 852!

Diese Ausführungen sind abzulehnen; praktisch ergeben sie ein ungeheuerliches „Chaos von Urteilen“[3]. Schwartz selbst gibt zu, daß das Gericht bis zum Ablauf der dreißigjährigen Verjährung gewärtig sein müßte, in derselben Sache immer von neuem angerufen zu werden[4], daß durch die Möglichkeit der Klageerneuerung bei jedem Vermögenszuwachs der unzurechnungsfähige Täter geradezu in einen Zustand „wirtschaftlicher Hörigkeit“[5] gebracht würde, sieht aber in der Billigkeitserwägung, welche auch das zu berücksichtigen habe, ein ausreichendes Abhilfemittel[6]. — Ist aber nicht eine Konstruktion des Billigkeitsanspruchs bedenklich, deren Ergebnisse als das Billigkeitsprinzip gefährdend, durch einen Hinweis auf die allgemeine Billigkeit wieder aufgehoben und unschädlich gemacht werden müssen?

---

2. Vgl. dazu Mot. Bd. 4, S. 677. — Dieser Vergleich ist für uns unverbindlich, da wir in § 829 eine Emanation deliktischer Haftung sehen.

3. So Hedemann in Kohlers Arch. Bd. 25, S. 379.

4. a. a. O. S. 64.

5. a. a. O. S. 43.

6. Schwartz operiert (S. 43) mit dem Beispiel eines unbemittelten 6jährigen Täters, dem im Alter von 23 Jahren eine reiche Erbschaft anfällt, deren Mittel er zur Durchführung einer aussichtsreichen Erfindung nützlichst verwenden kann und soll. — Hier solle der Vermögenszuwachs aus allgemeinen Billigkeitsrücksichten unbeachtlich sein.

Die Frage, ob das Urteil aus § 829 nachträglich abgeändert werden kann, ist nun nicht vom prozessualen Standpunkt aus lösbar, etwa im Zusammenhang mit der meines Erachtens zu verneinenden[7] Frage nach der Ausdehnung des im § 323 ZPO. enthaltenen Sonderprinzips auf solche Fälle, in denen nicht ein Urteil auf wiederkehrende Leistungen, sondern auf einmalige Leistung erging. Sie entscheidet sich vielmehr aus dem materiellen Recht[8]. Dieses allein läßt erkennen, ob hier in der Tat stets neue Ansprüche entstehen, oder ob nur die tatsächliche Grundlage eines und desselben Anspruchs verändert wird.

Die Beantwortung ergibt sich zugunsten der zweiten Alternative aus unseren früheren Ausführungen über die Natur der Billigkeitsvoraussetzungen als einer Umfangsbegrenzung.

Für denjenigen, der im Sinne unserer Ausführungen davon ausgeht, daß ein subjektives Moment — die Quasiculpa — Grundlage der Haftung aus § 829 ist[9], wäre es auch mehr als seltsam, wenn in der Frage nach der Identität bzw. der Entstehung des Anspruchs dem objektiven Moment der

---

7. So auch Gaupp-Stein II, 1 N. 8 zu § 323: „so alle Kommentare, gegen den klaren Wortlaut Schwartz.“ Vgl. ferner Komm. der RG.-Räte. Anm. 5 zu § 829; Kohler Bd. 2, § 45; Hedemann a. a. O. S. 378. — Vgl. auch Hellwig, Anspr. und Klagr. S. 167 Anm. 14: „Hat das Gericht die mutmaßliche Arbeitsfähigkeit oder die Lebensdauer falsch beurteilt, aber einmalige Abfindung zugesprochen, so ist das Urteil unanfechtbar, condictio sine causa, Nachforderung ist ausgeschlossen.“ Vgl. jetzt auch im System Bd. I, S. 811, V, 1 c.

8. Darauf weist auch Stein a. a. O. II, 3 hin.

9. Die Theorie von der konkreten Billigkeit (bzw. des Reichtums als Verpflichtungsgrundes vgl. oben § 6) wird hier leicht auf den von Schwartz begangenen Weg kommen, indem sie von der Erheblichkeit der objektiven Billigkeitsvoraussetzung ausgehend diese leicht als Entstehungsfaktor der Haftung ansprechen wird. — Schwartzs Stellungnahme zur Frage des Haftungsgrundes ist nicht deutlich, aber wohl gegen das Culpaprinzip gerichtet, wie die Bemerkung gegen Heinsheimer (Anm. 1, S. 13/14) erkennen läßt.

Billigkeit die entscheidende Bedeutung zukäme. Eher könnte man erwarten, daß der Anspruch als echt deliktischer mit der Tat entstände. Das ist nun freilich durch die ausdrückliche Statuierung einer Sondervoraussetzung, nämlich der negativen Bedingung verhindert. Ist aber diese erfüllt, so ist der bisher verhaltene Anspruch als unbedingter entstanden. Damit ist auch seine Identität mit einem späterhin geltend gemachten Anspruch aus § 829 gegeben. Jener an sich noch unbestimmte Anspruch wird voll wirksam allerdings erst, wenn ihm durch den nach billigem Ermessen zu treffenden richterlichen Spruch ein bestimmter Umfang innerhalb der Grenzen vollständiger Haftfreiheit und vollen Ersatzes gegeben wird. Diese „Bestimmung" hat aber mit Bestand (Identität) des Anspruchs nichts zu tun, sie wird getroffen nach Lage der rein tatsächlichen Verhältnisse, wie sie zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vorliegen. Wird die Klage wegen Fehlens der Billigkeitsvoraussetzungen abgewiesen — obgleich die Subsidiarität gegeben ist —, so liegt darin die definitive Feststellung, daß der (virtuell bestehende) Anspruch gleich Null ist.

Aendern sich nach der Rechtskraft des Urteils die Vermögensverhältnisse der Beteiligten — und damit jene rein tatsächlichen Urteilsgrundlagen —, so muß die Rechtskraft der erneuten Geltendmachung des Anspruchs entgegenstehen; denn mit der neuen Klage würde zum Prozeßgegenstand gemacht una eademque obligatio inter easdem personas.

Una eademque obligatio liegt trotz Veränderung der Billigkeitsvoraussetzungen vor, weil — wie ausgeführt — die Billigkeitsvoraussetzung nicht Entstehungsfaktor der obligatio des § 829 ist, dieser sich vielmehr lediglich als ein an sich unbestimmter, nur nach Billigkeit zu bemessender, subsidiärer Schadensersatzanspruch gegen einen Unzurechnungsfähigen aus schuldhafter unerlaubter Handlung darstellt. Mit einer neuen Klage aus § 829 würde also ebenderselbe Anspruch, nur mit anderer tatsächlicher Grundlage, geltend gemacht werden.

Auch die Identität der Parteien — eaedem personae — wäre gegeben. Wenn vielleicht im ersten Prozeß der Kommerzienrat A. mit seinem Billigkeitsanspruch gegen den Arbeiter B. abgewiesen wurde, so sind A. und B. doch nach zwei Jahren dieselben Rechtssubjekte —, mag auch der Kommerzienrat inzwischen verarmt und Kellner geworden, der Arbeiter dagegen zum Werkmeister aufgerückt sein[10].

Die Gründe zu nennen, welche gegen die condictio ob causam finitam seitens des gemäß § 829 verurteilten und dann verarmten Schädigers sprechen, hieße sich wiederholen; denn es sind genau dieselben, welche die exceptio rei iudicatae rechtfertigen. Die Leistung wird hier nicht sine causa erbracht, auch wenn gegenwärtig die Billigkeitsvoraussetzungen fehlen, auf Grund deren das Urteil erging[11].

Endlich sei noch bemerkt, daß eine Abänderung des Billigkeitsurteils aus § 829 im Rahmen der Ausnahmevorschrift des § 323 ZPO. möglich ist: also dann, wenn auf eine Rente oder andere wiederkehrende Leistungen erkannt wurde[12].

2. Die den Umfang des Anspruchs aus § 829 begrenzende Billigkeitsvoraussetzung wird durch die Vermögensverhältnisse der Beteiligten bestimmt.

Ist nun dem Verletzten die Anfechtung nach Maßgabe des Anfechtungsgesetzes oder ist ihm ein sonstiges Mittel für den Fall gegeben, daß der Schädiger durch fraudulöse Vermögensverschiebungen n a c h der Tat aber v o r dem Ur-

---

10. a. M. Schwartz.

11. Ebensowenig greift die conditio Platz, wenn nach rechtskräftiger Verurteilung des Unzurechnungsfähigen die negative Bedingung wegfällt, der Aufsichtspflichtige etwa wieder solvent wird. Für die Verurteilung aus § 829 genügt das Vorliegen der negativen Bedingung zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung. Aber das Regreßrecht im Innenverhältnis gem. § 840, II gewinnt hier praktische Bedeutung.

12. In unserer obigen Ausführung hatten wir aber stillschweigend eine Verurteilung zu einmaliger Leistung unterstellt.

teil diese Voraussetzungen beseitigt? Denn der Schädiger kann dadurch die Abweisung der auf § 829 gestützten Leistungsklage herbeiführen! — Diese zwar wenig praktische, aber theoretisch interessante Frage soll zunächst durch ein Beispiel verdeutlicht werden:

Ein nicht entmündigter Geisteskranker, welcher ein Vermögen von 500 000 M. hat, zündet böswilligerweise ein Miethaus an. Schaden: 100 000 M. Der Billigkeit entspräche seine Verurteilung aus § 829 zur Schadensersatzleistung in Höhe von 75 000 M. Schleunigst verschiebt er nun in lucido intervallo — sodaß die Verfügungsakte gültig sind — sein Vermögen fiduziarisch an seine Ehefrau; z. B.: 1. II. 1906: Tat, negative Bedingung und Billigkeitsvoraussetzungen liegen vor; 1. III. 1906: Verschiebung des Vermögens, Billigkeitsvoraussetzungen fallen weg. — Am 15. Februar hat der Gläubiger gegen den unzurechnungsfähigen Schädiger Klage auf billigen Ersatz gemäß § 829 erhoben, in der nach dem 1. März stattfindenden letzten mündlichen Verhandlung macht der Beklagte geltend, er sei zwar zur Zeit der Tat reich gewesen, jetzt aber sei er arm, und es widerspreche aller Billigkeit, ihn zum Ersatz des angerichteten Schadens heranzuziehen. Die Klage aus § 829 ist abzuweisen.

Der Verletzte scheint dagegen wehrlos zu sein. Mit der Gläubigeranfechtung ist ihm nicht zu helfen. Denn die Forderung, auf Grund deren die den Gläubiger benachteiligende Verfügung nach Maßgabe des Anfechtungsgesetzes angefochten werden kann, muß feststehen, und es muß über sie ein vollstreckbarer Titel entweder bereits vorliegen oder nachzubringen sein (vgl. § 5 AnfGes.).

Der innere Grund dieser Regelung liegt darin, daß die Anfechtung nur dazu dient, den Kreis der der Zwangsvollstreckung unterworfenen Objekte zu erweitern, damit der Gläubiger, dessen Forderung festgestellt ist, zu seiner Befriedigung gelange: das Institut der Anfechtung ist gewissermaßen ein Annex der Zwangsvollstreckung.

In unserem Falle „besteht“ nun zwar die zugrunde

liegende Forderung des § 829; jedoch — wie wir ausführten — lediglich virtuell, wenn, wie in unserem Beispiel, die Billigkeitsvoraussetzung zurzeit fortgefallen und der Umfang des Anspruchs auf Null reduziert ist. Für eine derartige Forderung kann ein vollstreckbarer Titel nicht beschafft werden und damit zessiert die Anfechtbarkeit. Bei der gewöhnlichen obligatio, welche nach Bestand und Umfang von dem jeweiligen Vermögensstande des Schuldners völlig unabhängig ist, wäre der vollstreckbare Titel trotz der fraudulösen Vermögensverbringung zu beschaffen und die Befriedigung des Gläubigers durch die Anfechtung somit möglich. Hier aber ist das anders.

Eine ähnliche Schwierigkeit liegt im Falle der fraudulösen Verschiebung zur Vereitelung des Unterhaltsanspruchs[13] vor, wo nicht nur wie im Falle des § 829 der Umfang eines virtuell bestehenden Anspruchs auf Null reduziert, sondern — wegen § 1603, I, BGB. — überhaupt die Entstehung des Anspruchs vereitelt wird.

Meines Erachtens kann in solchen Fällen nicht nur mit § 826, sondern auch mit dem analog heranzuziehenden § 162 geholfen werden; letzterer sagt: „Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten.

Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vorteil er gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt der Eintritt als nicht erfolgt[14].“

---

13. Vgl. dazu die Fälle in OLG. Bd. 6, S. 157 und Bd. 9, S. 448. — Kipp (FamilR. S. 366) meint, nach der „Idee des Gesetzes“ die Folgerung ziehen zu dürfen, daß der Anspruch noch besteht. Das ist eine Antezipation der Anfechtung. Die Anfechtung würde damit zur Begründung eines Anspruchs benutzt, dessen Befriedigung sie gleichzeitig ermöglicht. Das widerspricht dem Wesen der Anfechtung. Sie ist nur zur Befriedigung bereits bestehender und festgestellter Ansprüche gegeben. Vgl. dazu Henle a. a. O. S. 785.

14. Abs. II käme für den entgegengesetzten Fall in Betracht,

Die Ausdehnung des für die rechtsgeschäftliche Bedingung bestimmten § 162 auf die condicio iuris dürfte zulässig sein.

Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des unzurechnungsfähigen Schädigers ist im Falle des § 829 nach unseren Ausführungen über die Billigkeitsvoraussetzung allerdings nicht condicio iuris im Sinne der haftbegründenden Entstehungsursache — wie sie es wegen § 1603, I bezüglich der Verpflichtung der Unterhaltsgewährung ist —, denn virtuell „besteht" der Anspruch auch mangels der Billigkeitsvoraussetzung. Jedoch ist zu erwägen, daß er volle Wirksamkeit (insbesondere für das Leistungsurteil!) erst dann gewinnt, wenn er eine Höhe über Null erreicht. Es bedeutet mithin für diesen reellen Anspruch die Billigkeitsvoraussetzung allerdings eine Entstehungsursache, eine condicio iuris, so daß die analoge Heranziehung des § 162 zulässig erscheint.

Die Beteiligten stehen von der Tat an in einer bestimmten obligatorischen Beziehung: A. soll dem B. Schadensersatz leisten, aber — nur nach Maßgabe der Billigkeit. Diese „bedingte" Schuld ließe sich mit folgendem Fall vergleichen, in welchem an der Anwendbarkeit des § 162 kein Zweifel ist: A. schuldet dem B. ex delicto 2000 M.; sie v e r e i n b a r e n, daß die Erfüllung der Oblilation innerhalb eines Jahres davon abhängen soll, ob der wohlhabende A. wohlhabend bleibt. A. verschiebt sein Vermögen an seine Frau. Dann wird er auf Grund der Fiktion des § 162 zur Leistung an den B. verurteilt, und dieses Urteil dient im Anfechtungsprozeß gegen die Frau als vollstreckbarer Titel.

Was in diesem Beispiel die Parteien vereinbaren, be-

---

wo der Verletzte sein Vermögen, um den Billigkeitsanspruch zu erwerben, vermindert: Es verschiebt etwa der von dem Geisteskranken böswillig angefallene Wärter, der sich eines leidlichen Wohlstandes erfreut, sein Vermögen an seine Frau.

stimmt für den Fall des § 829 der Gesetzgeber[15]. Darum wird § 162 auch hier (analog) anwendbar sein; es wird folglich die Billigkeitserwägung die beiderseitigen Vermögensverhältnisse so zu bemessen haben, als ob die Verschiebung nicht eingetreten wäre[16]. Das gemäß § 829 ergehende Urteil dient sodann als vollstreckbarer Titel im Anfechtungsprozeß.

§ 22.

Gesamtschuldähnliche Verhältnisse.

1. Die seltsame Haftbegrenzung der objektiven Billigkeit gewinnt weitere Bedeutung für die Beurteilung des gesamtschuldähnlichen Verhältnisses in dem Falle, wo mehrere unzurechnungsfähige Täter gemäß § 829 haftbar werden. Jeder einzelne von ihnen wird natürlich nur dann zur Ersatzleistung herangezogen, wenn bei ihm sämtliche Voraussetzungen des § 829 — also insbesondere die negative Bedingung — vorliegen. Der Anspruch „besteht" nun (virtuell) auch gegenüber einem solchen Mittäter, bei welchem die umfangsbegrenzende Billigkeitsvoraussetzung fehlt, nur daß der Anspruch gegen ihn dann gleich Null ist. Immerhin gestattet unsere Auffassung des Anspruchs aus § 829 als

---

15. Wir können hier die Frage der condicio iuris nicht weiter verfolgen, doch wird sich m. E. wohl der allgemeine Satz aufstellen lassen, daß überall, wo eine Verpflichtung von der Vermögensfähigkeit des Schuldners (kraft Gesetzes) abhängt, die Aussicht des Gläubigers auf Fortbestand des schuldnerischen Vermögens nach Maßgabe des § 162 durch die Fiktion des Bedingungseintritts zu schützen ist. Diese geschützte Aussicht stellt sich als „Anwartschaft" dar.

16. Bezüglich der (zu bejahenden Frage, ob der Unzurechnungsfähige, auch wenn er nicht gerade wie im obigen Beispiel in lucido intervallo die Vermögensverschiebung vornimmt, wider „Treu und Glauben" im Sinne des § 162 verstoßen kann, verweisen wir auf unsere Ausführungen über den Quasivorsatz des Unzurechnungsfähigen (vgl. oben § 11).

eines im Bestande von der Billigkeitsvoraussetzung unabhängigen, hier eine Schuld (Gesamtschuld) aus unerlaubter Handlung anzuerkennen, während Schwartz in Schwierigkeiten gerät[1], weil er die Billigkeitsvoraussetzung zum Bestand des Anspruchs zieht und deshalb die Gesamtschuld nur anerkennen kann, wenn sämtliche Mittäter vermögend sind.

Der Umfang des Anspruchs ist allerdings jedem der Schädiger gegenüber verschieden; denn er ist durch die Billigkeitserwägung zu bestimmen, welche der Richter durch Vergleichung der Vermögensverhältnisse des einzelnen Täters mit denen des Verletzten anstellt. Eine ungleiche Höhe des Anspruchs den einzelnen Schuldnern gegenüber widerspricht aber dem Wesen der Gesamtschuld (§ 840 ist im Hinblick auf § 829 ungenau), und wir können deshalb in unserem Fall nur von einem gesamtschuldähnlichen Verhältnis sprechen. Die una eademque obligatio liegt vor als der in seiner Höhe noch unbestimmte Anspruch aus unerlaubter Handlung.

Nehmen wir etwa an, daß die drei sechsjährigen Knaben A., B., C. den D. deliktisch beschädigt haben, und der Schaden 1000 M. beträgt: dann ist „Gesamtschuld" der Anspruch aus unerlaubter Handlung auf Schadensersatz in Höhe von 1000 M., dem einzelnen gegenüber billigkeitsgemäß nach dem Verhältnis seiner individuellen Vermögenslage zu der des Verletzten reduzierbar.

Die Billigkeit verlangt z. B.:

Wenn A. einen Schaden von 1000 anrichtet, so soll er 500 ersetzen — wenn B. das tut, so soll er 200 zahlen — wenn C. das tut, so soll er 50 zahlen.

1. a. a. O. S. 114 ff.

Klagt nun der Verletzte gegen C. auf 1000 und erhält nur 50 zugesprochen, sodann gegen B. auf 950 und erhält 200 zugesprochen, endlich gegen A. auf 750 und erhält 500 zugesprochen, so ist sein Anspruch befriedigt; die Billigkeit erfordert mit Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse der drei Täter die Schadloshaltung des Verletzten nur bis zum Betrage von 750.

Nun könnte man vielleicht sagen: es gebe doch einen einheitlichen (gesamtschuldnerischen) „Billigkeitsanspruch", nämlich den auf die „Summe" der die Einzelnen treffenden Haftungen, in unserem Beispiel also auf den Betrag von 750.

Meines Erachtens widerspräche aber die Statuierung einer solchen Gesamtschuld dem im § 829 postulierten Billigkeitsprinzip: es müßte in unserem Beispiel C. auf 750 verurteilt werden, trotzdem die billige Erwägung des Richters, welcher die Vermögensverhältnisse des C. mit denen des D. vergleicht, zu dem Ergebnis kommt: C. soll auf 50 verhaftet sein.

Die „Gesamtschuldner" (-schaft) des § 840 muß sich also für den Fall des § 829 eine Modifikation gefallen lassen[2]. Wirkliche Gesamthaftung besteht jedoch in Ansehung der niedrigsten Billigkeitshaftung: die in unserem Beispiel den C. treffende Ersatzleistung von 50 wird korrealiter geschuldet, da ja A. und B. über diese 50 M. hinaus haften.

Es sei hier an den ähnlichen Fall von Gesamtschuld erinnert, wenn nämlich von zwei ex delicto schadensersatzpflichtigen Tätern (§ 840) das konkurrierende Selbstverschulden des Verletzten nur dem einen von beiden Tätern zugute kommt: alsdann stellt der durch die Kompensation (gemäß § 254) geminderte Betrag, also die Schuld des günstiger gestellten Schädigers, die Gesamtschuld dar, während

---

2. Vgl. Neumann, Komm. Anm. 6 zu § 829; auch Staudinger Anm. 4 zu § 829.

für den überschießenden Betrag derjenige allein haftet, dem die Aufrechnung des § 254 nicht zugute kommt[3].

2. Auch das Verhältnis zwischen dem gemäß § 832 rechtskräftig verurteilten Aufsichtspflichtigen[4] und dem unzurechnungsfähigen Täter hat nur „Aehnlichkeit" mit einer Gesamtschuld.

Gegen eine echte Gesamtschuld spricht zunächst, daß hier nicht — wie § 421 verlangt — es „im Belieben" des Gläubigers steht, welchen der beiden Schuldner er zuerst in Anspruch nehmen will. Vielmehr gibt die Voraussetzung des Eintritts der negativen Bedingung im § 829 dem unzurechnungsfähigen Täter gegen die Klage aus § 829 das der Einrede der Vorausklage ähnliche Recht, daß der Gläubiger zunächst gegen den Aufsichtspflichtigen vorgehe. Diese „Einrede" ist genau genommen Leugnen des Klagegrundes, sie ist ex officio zu berücksichtigen.

Dem regelmäßigen Wesen der Gesamtschuld widerspricht es auch, daß hier im Innenverhältnis der eine Gesamtschuldner, nämlich der Aufsichtspflichtige, allein verpflichtet ist[5].

Wirkliche Gesamtschuld besteht — ähnlich wie im Falle mehrerer unzurechnungsfähiger Täter — in Ansehung der niedrigeren Ersatzsumme: das wird im Falle der Verurteilung des unzurechnungsfähigen Täters gemäß § 829 regelmäßig

---

3. Vgl. RG. in JW. 1907, S. 724.

4. Ueber den Begriff des Aufsichtspflichtigen ist hier nicht zu handeln. Auf gesetzlicher Grundlage (§ 1631, I, 1800, 1897, 1901, 1906, 1909, 1910, 1915) beruht die Aufsichtspflicht der Eltern, Vormünder, Lehrer (§ 832, I); auf vertraglicher die der Aerzte, Privatlehrer, Erzieher, Kinderfräulein, Krankenwärter usw. (§ 832, II). — Wer nur tatsächlich die Aufsicht führt, unterliegt nicht der Haftung. Eine Aufsichtspflicht des Ehemannes über die Ehefrau ist nicht anzunehmen. Vgl. Staudinger II b α zu § 832, und überhaupt die Kommentare zu § 832.

5. Ein für den Unzurechnungsfähigen unpraktisches Regreßrecht (vgl. dazu oben S. 83, vgl. auch Anhalt S. 65/66).

der Billigkeitsersatz sein. Auf diesen haften alsdann der Aufsichtspflichtige und der Unzurechnungsfähige solidarisch: der Gläubiger kann sich nach Belieben an den einen oder den anderen halten. Bezüglich des Betrages, zu welchem die volle Ersatzhaftung des § 832 die Billigkeitshaftung des § 829 übersteigt, ist der Aufsichtspflichtige Alleinschuldner.

Der Erlaßvertrag zwischen dem Verletzten und dem Aufsichtspflichtigen wirkt „gesamtzerstörlich"; denn wer auf die primäre Obligation verzichtet, entzieht damit auch der subsidiären den Boden, welche ja nur unter der negativen Bedingung zugesprochen ist, daß dem Gläubiger die Realisierung der primären mißlang. Das Bedürfnis, ihm mit dem subsidiären Anspruch zu helfen, fällt fort, sobald er den primären aufgibt[6] [7].

Terminologischer Zusatz: Von der Bezeichnung des § 829 als eines „Billigkeitsanspruchs" ist abzuraten, weil — wie wir sahen — die objektiven Billigkeitsvoraussetzungen für den Bestand der Obligation nicht entscheidend sind, und vor allem, weil eine derartige Benennung leicht den Haftungsgrund — das Verschulden — verkennen läßt und glauben macht, daß im § 829 der „Reichtum als Verpflichtungsgrund" vom Gesetzgeber anerkannt worden sei.

---

6. Aehnlich wie der Gläubiger sich an den Bürgen nicht mehr halten kann, wenn er dem Hauptschuldner die Forderung erläßt.

7. Weitere Einzelheiten s. bei Schwartz a. a. O.; z. B. über Erbfälle S. 125 ff.

Literatur.

Adler: Unverschuldetes Unrecht (Rede 1910).

Anhalt: Die außervertragliche Haftung des Geschäftsherrn und des Aufsichtspflichtigen für Handlungen dritter Personen. Erlangen 1909.

Badische Rechtspraxis.

v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht Bd. II, Berlin 1907.

Bergbohm: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd. I, 1892.

Bernhöft: Das bürgerliche Recht in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. I.

— in Bernhöft-Binders Beiträgen zur Auslegung des BGB., Heft 1.

Bienenfeld: „Eigenes Verschulden" oder „Mitverschulden" des Verletzten in Seuff. Bl. f. Rechtsanwendung Bd. 68, S. 489 ff.

Bierling: Juristische Prinzipienlehre, Bd. I—IV, Tübingen 1905.

Binder: Das Problem der juristischen Persönlichkeit. Leipzig 1907.

Binding: Die Normen und ihre Uebertretung. 2. Aufl. 1890.

Brunswig: Die Handlungsfähigkeit der Geisteskranken nach dem BGB. in Rostocker Rechtswissenschaftlichen Studien, Bd. I, S. 1 ff.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 5. Auflage 1910/11.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts (II. Bd. 1902).

Dernburg: System des römischen Rechts (der Pandekten 8. umgearbeitete Aufl., bearb. von Sokolowski) 1911/12.

/— Das bürgerliche Recht (Die Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 1905).

Detmold: Der Begriff des Schutzgesetzes im § 823 des BGB. (in der Göttinger Festgabe für Regelsberger 1901).

Deutsche Juristenzeitung.

Dittenberger: Schutz des Kindes gegen die Folgen eigener Handlungen, 1903.

Dungs: Drei Fragen über die Haftung aus unerlaubten Handlungen, in Gruchots Beiträgen Bd. 57, S. 537 ff.

Eck: Vorträge über das Recht des BGB., herausgeg. von Leonhard, 1903.
Eckstein: Handlungen und Unterlassungen von Kindern als höhere Gewalt, in JW. 1910, S. 646 ff.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. (Bd. I, 1903).
Engelmann: Die Verjährung der Ansprüche aus unerlaubten Handlungen (in Festschrift für Binding Bd. I, S. 203 ff., 1911).
Enneccerus-Kipp-Wolff: Allgemeiner Teil und Schuldverhältnisse, 6.—8. Aufl. (1911/12); Sachenrecht (Wolff 1./2. Aufl. 1910); Familienrecht (Kipp-Wolff 1./2. Aufl. 1912).
Ferneck, Hold v.: Die Rechtswidrigkeit Bd. I u. II, 1, 1903/05.
Fischer, H. A.: Die Rechtswidrigkeit (in Abhandlungen z. Privatr. und Zivilprozeß Bd. 21, 2) 1911.
Frank: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 8./10. Aufl. 1911.
— Ueber den Aufbau des Schuldbegriffs, Gießen 1907.
Gaupp-Stein: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Bd. I, 10. Aufl.; Bd. II, 8./9. Aufl.
Geiser: Ueber außerkontraktliche Haftung Unzurechnungsfähiger. Züricher Diss. 1906.
/Gierke: Der Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht. Leipzig 1889.
— Haftung des Staates und der Gemeinden für ihre Beamten in DJZ. 1909, S. 17 ff.
Gottschalk: Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach bürgerlichem Gesetzbuch, 1903.
Hedemann: Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, 1910.
— Zivilistische Rundschau in Kohlers Arch. Bd. 25, S. 379 ff.
Heinsheimer: Die Haftung Unzurechnungsfähiger nach § 829 BGB. in Arch.Civ.Prax. Bd. 95, S. 234 ff.
Hellwig: Anspruch und Klagrecht.
— System des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. I, 1912.
Henle: Unterhaltsanspruch und anfechtbare Unterhaltsunfähigkeit in Seuff. Bl. f. RA. Bd. 70, S. 794 ff.
Henrici: Ueber die Voraussetzungen des Anspruchs auf Ersatz eines durch unerlaubte Handlungen verursachten Schadens nach dem Gemeinen Rechte und dem Rechte des BGB. in Gruchots Beiträgen Bd. 42, S. 625 ff.
Heumann-Seckel: Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9. Aufl., 1907.
v. Hippel: Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Leipzig 1903.
Höchster: Grenze der Haftung Unzurechnungsfähiger in Arch.Civ. Prax. Bd. 104, S. 427 ff.

Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts 1908.
Jellinek: Recht des modernen Staates, I. Bd., 2. Aufl.
Ihering: Das Schuldmoment im römischen Privatrecht.
— Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd. III, 1, 5. Aufl., 1906.
Jung: Delikt und Schadensverursachung 1898.
Jungherr: Haften aus schuldlosem Handeln 1902.
Juristische Wochenschrift.
Kipp: Geschichte der Quellen des römischen Rechts, 3. Aufl., 1909.
— Ueber den Begriff der Rechtsverletzung in der Berliner Festgabe für Gierke, Bd. II, S. 1 ff., 1910.
— Ueber Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, in der Berliner Festschr. f. Martitz 1911.
Klein: Ein Beitrag zu der Lehre von der rechtlichen Bedeutung der „Vorbereitungshandlungen" zur Leistung in Seuff. Bl. f. RA., Bd. 73, S. 309 ff.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1906.
Krückmann: Verschuldensaufrechnung, Gefährdungsaufrechnung u. Deliktsfähigkeit in Iherings Jahrb. Bd. 55, S. 1 ff.
Kraut: Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts, Göttingen 1835/59.
Landsberg: Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs, 1904.
Lang: Der Genugtuungsanspruch des BGB. Leipziger Diss. 1909.
Linckelmann: Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen.
Lippmann: Zur Abänderung des § 833 des BGB. in Seuff. Bl. f. RA. Bd. 72, S. 1015 ff. und 1063 ff.
v. Liszt: Die Deliktsobligationen im System des BGB. 1898.
— Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl. 1911.
Litten: Die Ersatzpflicht des Tierhalters im Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1905.
Masur: Die Haftung der Aufsichtspersonen nach § 832 BGB. Breslauer Diss. 1908.
Mataja: Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie, 1888.
Mauczka: Der Rechtsgrund des Schadensersatzes außerhalb bestehender Schuldverhältnisse, Wien 1904.
Rud. Merkel: Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, 1895.
Mittweg: Die unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Erlanger Diss. 1898.
Mommsen: Römisches Strafrecht in Bindings Handb. 1899.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.
Müller: Der Begriff der unerlaubten Handlungen. Halle Diss. 1900.
Müller-Erzbach: Gefährdungshaftung und Gefahrtragung in Arch. Civ.Prax. Bd. 106, S. 309 ff.
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 6. Aufl.
— Jahrbuch des deutschen Rechts.
Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse, 3./4. Aufl., 1910.
— Das Billigkeitsprinzip im Bürgerlichen Gesetzbuch im „Recht" 1900, S. 25 ff.
Oberlandesgerichte, Die Rechtsprechung der.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 9. Aufl.
Pernice: Marcus Antistius Labeo: Das römische Privatrecht im 1. Jahrhundert der Kaiserzeit, 2. Aufl., 1892/1900.
Pfaff: Zur Lehre vom Schadensersatz und Genugtuung nach österreichischem Recht in Grünhuts Ztschr. Bd. VIII, S. 613 ff.
Pfaff-Randa-Strohal: Drei Gutachten über die beantragte Revision des 30. Hauptstückes im 2. Teile des a. BGB., 1880.
Pfizer: Verschulden eines Kindes unter sieben Jahren in DJZ. 1904, S. 712 ff.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl.
— Zur Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich in Arch.Civ.Prax., Bd. 75, S. 327 ff.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Rabel: Streifgänge im schweizerischen Zivil-Gesetzbuch; über „Handlungsfähigkeit" in der Rheinischen Ztschr. für Zivil- und Prozeßrecht 1912, S. 144—167.
Recht, Das.
Reichsgericht-Entscheidungen in Zivilsachen.
Reichsgerichtsräte, Kommentar zum BGB.
Reimer: Inwieweit haften nach dem preußischen Gesetz vom 1. August 1909 usw. . . . auch die Beamten selbst? in JW. 1912, S. 981.
Reimer: Inwieweit haften nach dem preußischen Gesetz vom 1. Aug. 1909 usw. . . . auch die Beamten selbst? in JW. 1912, S. 981.
Rosanes: Die Voraussehbarkeit des Erfolges bei der Schadensersatzpflicht Unzurechnungsfähiger. Breslauer Diss. 1901.
G. Rümelin: Culpahaftung und Causalhaftung in Arch.Civ.Prax. Bd. 88, S. 285 ff.
M. Rümelin: Das Verschulden in Straf- und Zivilrecht (Rede 1909).

Die Geisteskranken im Rechtsgeschäftsverkehr (Rede 1912).
Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches zur objektiven Schadensersatzpflicht 1896.
Schadensersatz ohne Verschulden (Rede 1910).
Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Zivilrecht, in Arch. Civ.Prax. Bd. 90: S. 171 ff.
Sachs: Die Haftung der Eltern für Delikte des Kindes, Heidelberger Diss. 1911.
Schollmeyer: Das Recht der Schuldverhältnisse, Komm. (1. Hälfte) 1900.
Schwartz: Das Billigkeitsurteil des § 829 BGB., 1904.
Simon: Die Gefährdung der Banken durch Geschäftsabschlüsse mit unerkennbar Geisteskranken in JW. 1913, S. 291 ff.
Sjögren: Zur Lehre von den Formen des Unrechts und den Tatbeständen der Schadensstiftung in Iher. Jahrb., Bd. 35, S. 343 ff.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897.
— Die Lehre von dem Richtigen Rechte, 1902.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I—III, 7./8. Aufl.; Bd. IV/V, 5./6. Aufl.
Steinbach: Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschäden. Wien 1888.
Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts, 3. Aufl.
Thon: Der Normenadressat in Iher. Jahrb., Bd. 50, S. 1—54.
— Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878.
Titze: Die Notstandsrechte im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch und ihre geschichtliche Entwicklung, 1897.
— Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, 1900.
Traeger: Der Kausalbegriff in Straf- und Zivelrecht, 1904.
— Wille, Determinismus, Strafe, 1895.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts in Bindings Handb., 1910.
Unger: Handeln auf eigene Gefahr. 3. Aufl., Jena 1904.
— System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 1892 ff.
Wendt: „Eigenes Verschulden" in Iher. Jahrb., Bd. 31, S. 137 ff.
Weyl: System der Verschuldensbegriffe, 1905.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., 1906.
Wollmann: Die Anwendung des § 829 auf kontraktliche Verletzungen. Breslauer Diss. 1910.

Zachariae-Crome: Handbuch des französischen Zivilrechts, 8. Aufl., 1894—95.
Zitelmann: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allg. Teil, 1900.
— Internationales Privatrecht, Bd. I/II, 1897/1912.